

رَفَعُ

عبد الرحمن العجمي  
أسكنه الله الفردوس  
www.moswarat.com

الدراسات الفقهية

٨٥

٢٥٠ ر.س



# الغش

في محلّ الألتزام التعاقدية

ومُلحق به

نَفِيسُ الْمَتَجَرِّ بِشْرَاءِ الدَّرَرِ  
لِحَسَنِ الشَّرْبِلَالِيِّ الْمَنَفِيِّ

تأليف

عبد الله بن محمد بن عثمان البجير

الطبعة في الخيري لنشر البحوث والرسائل العلمية

دار البحوث الإسلامية  
للدراسات الفقهية

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي  
أسكنه الله الفردوس

[www.moswarat.com](http://www.moswarat.com)

# الْخَيْرُ الْمَعْرُوفُ

فِي مَحَلِّ الْأَلْتِزَامِ التَّعَاقُدِيِّ

وَمُلْحَقٌ بِهِ

نَفِيسُ الْمَتَجَرِّ بِشِرَاءِ الدَّرَرِ  
لِحَسَنِ الشَّرْنِبِلَالِيِّ الْحَنْفِيِّ

تَأليفُ

عبد الله بن محمد بن عثمان البجير

# بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

## ج دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع ١٤٣٨هـ

فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر

الجبير، عبد الله محمد عثمان

القرفي محل الالتزام التعاقدى....، عبد الله محمد عثمان

الرياض، ١٤٢٨هـ

٣٥٤ ص؛ ١٧×٢٤ سم

ردمك: ٠-٣٧-٨١٥٥-٦٠٣-٩٧٨

أ. العنوان

٢. عقود الفرر

١. البيع (فقه إسلامي)

١٤٣٨/٩٢٩٩

ديوي ٢٥٣.٢٦

رقم الإيداع، ١٤٣٨/٩٢٩٩هـ

ردمك: ٠-٣٧-٨١٥٥-٦٠٣-٩٧٨

ساعد على طباعته لبيع بسعر التكلفة

## فاعل خير

- جزاهم الله خيراً -

جميع الحقوق محفوظة

الطبعة الأولى

١٤٣٨هـ - ٢٠١٧م

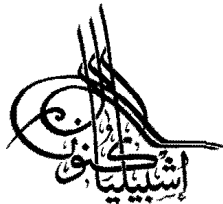
Kounouz Eshbelia  
For Publishing & Distribution  
Kingdom of Saudi  
Arabia

P.O. Box 27261 Riyadh 11417

Tel.: +96611 4914776

+96611 4968994

Fax.: +966114453203



دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع

المملكة العربية السعودية

ص.ب ٢٧٢٦١ الرياض ١١٤١٧

هاتف: ٤٩١٤٧٧٦ ٩٦٦١١+

٤٩٦٨٩٩٤ ٩٦٦١١+

فاكس: ٤٤٥٣٢٠٣ ٩٦٦١١+

E-mail [eshbelia@hotmail.com](mailto:eshbelia@hotmail.com)

## تقديم

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونتوب إليه ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هادي له . وأشهد ألا إله إلا الله وحده لا شريك له ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله . صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً .  
أما بعد :

فإن دين الإسلام هو الدين الذي ختم الله تعالى به الأديان ، وهو الدين الذي لا يقبل الله تعالى من أحد أن يتدين بغيره ؛ قال تعالى : ﴿ وَمَنْ يَتَّبِعْ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ ﴾<sup>(١)</sup> ، فلما كان الإسلام بهذه المثابة كان صالحاً لكل زمان ومكان ، ولذا فهو يجمع بين التطور والثبات ، فالقواعد التي قررها الله تعالى في كتابه وقررها المصطفى ﷺ في سنته وأجمع عليها أئمة الإسلام قواعد ثابتة لا تتغير ولا تتبدل يستضيء بها المجتهد في كل موقف يجد جوابه فيها نصاً صريحاً أو معنى ظاهراً أو قياساً ونظراً ، وبذلك يصبح للمجتهد القدرة على أن ينظر في كل نازلة تقع ويبين حكمها الشرعي .

وبين يديك رسالة تتناول باباً من البحث في علة مؤثرة في العقود العصرية والمسماة على حد سواء ، تدرس موقف الفقهاء منها ، واتجاهاتهم فيها ، وأصل هذا الكتاب أطروحة لنيل درجة الماجستير ، تتناول الغرر الواقع في محل الالتزام .

واختار المؤلف حصر بحثه في الغرر الواقع في محل الالتزام لأنه المحور الذي تدور عليه أكثر تطبيقات الغرر .

ومحل الالتزام هو : الشيء الذي يلتزم المدين القيام به ، والمدين يلتزم إما بنقل حق عيني ، أو بعمل معين .

(١) سورة آل عمران ، الآية [١٨٥] .

وإن شئت قل إن محل الالتزام هو ما يقع عليه التعاقد ويظهر فيه أثر العقد وأحكامه.

والالتزام أن يكون الشخص مكلفاً على وجه الإلزام بفعل نحو غيره، مثل التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري، والتزام المشتري بتسليم الثمن للبائع<sup>(١)</sup>. وبذلك فالبحث لا يتطرق للغرر الواقع في أثر الالتزام كالشرط والأجل. وهذه الرسالة من أوائل ما كتب عن الموضوع، وقد أشار لذلك الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير في مقدمة رسالته المعروفة بالغرر وأثره في العقود<sup>(٢)</sup> عند تناوله للدراسات السابقة حول الموضوع.

وحيث إن مؤلفها رحمه الله لم يقدمها للطبع في حياته، ولما لها من قيمة علمية، فقد حرصنا على طبعها لتكون لمؤلفها علماً نافعا يعود عليه أجره. أسأل الله أن ينفع بها ويرحم مؤلفها ويجعلها في ميزان حسناته.

(١) انظر: الوسيط للسنيهوري (١/٤٠٨)، محاضرات في القانون المدني عبدالمعتم الصدة (١/٢).

(٢) ص: ع. وكان قد طلب نسخة منها من المؤلف رحمته الله.

مؤلفها هو: عبدالله بن محمد بن عثمان بن عبدالله الجبير.

ولد بمدينة المجمع عام ١٣٤٦ هـ وتلقى علومه الأولية بها بمدرسة الأستاذ أحمد الصانع المشهورة في المجمع.

وحضر بعض مجالس الشيخ عبدالله بن عبدالعزيز العنقري، ثم درس عند الشيخ عبدالله بن حميد رحمهم الله جميعاً، ثم التحق بدار التوحيد بالطائف عند إنشائها عام ١٣٦٤ هـ، و نال الشهادة الثانوية منها ضمن أول دفعة لمدرسة دار التوحيد عام ١٣٦٨ هـ، والتحق بكلية الشريعة بمكة المكرمة وتخرج منها.

ثم سافر إلى القاهرة وحصل على درجة الماجستير وكان هذا الكتاب هو رسالته، وقد أشرف على رسالته الشيخ محمد أبو زهرة، وذلك سنة ١٣٨٠ هـ.

توفي في ١٢/٧/١٤٢٩ هـ بمدينة الرياض. رحمه الله تعالى وأسكنه فسيح جناته.

## مقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله أما بعد :

فقد كان العرب في جاهليتهم يمارسون ضرورياً من بياعات الغرر كالملازمة<sup>(١)</sup> والمنابذة<sup>(٢)</sup>، ويبيع الحصاة<sup>(٣)</sup>، والمخاضرة<sup>(٤)</sup>، والمجر<sup>(٥)</sup>،

(١) من تأويلات هذا البيع أن يطرح البائع الثوب ونحوه على المشتري، فإذا لمسه انعقد البيع. انظر صفحة ٦٢ من هذا الكتاب.

(٢) بيع المنابذة على أوجه: أحدها أن يقول شخص لآخر: أي شيء نبذت إلى فقد اشتريته، أو أي ثوب نبذت إليك فقد بعته. ويسمى بيع الإلقاء. (انظر صفحة ٥١ من هذا الكتاب).

(٣) لبيع الحصاة تأويلات متعددة. منها أن يقول أحد المتبايعين لصاحبه: أرم هذا الحصاة، فعلى أي ثوب وقعت فهو لك بكذا. أو أن يبيع أحدهما من أرضه قدر ما تصل إليه رمية الحصاة. أو أن يعترض الرجل قطعاً من الغنم فيأخذ حصاة ليقذفها بها، ويقول: أي شاة أصابتها الحصاة فهي لك بكذا.

انظر: بلوغ الأرب الألوسي (١/٢٦٤-٢٦٥). وتاريخ العرب قبل الإسلام للدكتور جواد علي (١٧٦/٨) طبعة المجمع العلمي العراقي - صفحة ٥٣ من هذا الكتاب. وانظر بحثاً قيماً في هذا الموضوع للدكتور محمد يوسف موسى في كتابه: فقه الكتاب والسنة. البيوع والمعاملات المالية المعاصرة. ص: ١٤٠-١٤٣.

(٤) المخاضرة، هي بيع الثمار قبل بدو صلاحها. أخذاً من الخضرة لأن المبيع شيء أخضر. ويدخل فيها على بعض الأقوال شراء المغيبات في الأرض من الجزر واللفت ونحوه.

انظر تاج العروس شرح القاموس (٣/١٨٠). وتاريخ العرب قبل الإسلام للدكتور جواد علي (٨/٢٢٧).

(٥) المجر شراء ما في الأرحام، كأن يشتري البعير بما في بطن الناقة.

وحبل الحبلية<sup>(١)</sup> وغيرها.

وكانت هذه المبيعات - بحكم ما تنطوي عليه من المخاطرة وما يتمخض عنها من إثارة النزاع - عاملاً من عوامل الفرقة ونذيراً بتفكك أو اصر المجتمع. فلما جاء الإسلام حرم الغرر، ليجتث بذور الفرقة، ويزيل أسباب الخلاف. والغرر إلى جانب ذلك ظلم مزدوج، يقع من الرجل على نفسه ويقع منه على غيره، لما ينجم عنه من ضياع الحقوق، وتبديد الأموال وخلخلة الكيان الاقتصادي، وتوريث الحسرة والأسى لمن خسر الصفقة من المتعاقدين؛ فتحريمه إقرار للعدالة، وتحصين للأموال، وحماية للبايع والمشتري من أن يذهب أحدهما ضحية أمل خادع، أو تقدير خاطئ ينتهي به إلى الخيبة والفشل الذريع.

ولقد حرص الفقهاء على تجنب الغرر، فتوقوا تسرّبهُ إلى العقود الإسلامية، غير أنهم قد اختلفوا في تحديده معناه.

فعرفه السرخسي بقوله: «الغرر ما يكون مستور العاقبة»<sup>(٢)</sup>.

(١) الحبلية، جمع حابل كظالم وظلمة، وكاتب وكتبة، والهاء فيها للمبالغة، وقد اختلف العلماء في تفسير ذلك، فقال بعضهم: هو البيع بثمن مؤجل إلى أن تلد الناقة ويولد ولدها، وقال آخرون: «هو بيع ولد الناقة الحامل في الحال».

- وذكر النووي في شرح مسلم أن الإمام أحمد رحمه الله يفسره بالتفسير الأخير - انظر شرح النووي على صحيح مسلم (١٥٧/٩، ١٥٨).

- والذي يظهر لي من نص عبد الله بن الإمام أحمد رحمه الله فيما رواه عن أبيه أنه يفسره أيضاً بالتفسير الأول - انظر ص: ١٨٧ من هذا الكتاب - وانظر مسند الإمام أحمد ترتيب الساعاتي - (٣٣/١٥).

(٢) المبسوط (١٩٤/١٢)، ط السعادة.



وقال ابن حزم: «الغرر ما عقد على جهل بمقداره وصفاته حين العقد»<sup>(١)</sup>.

وقال الشيرازي: «الغرر ما انطوى عنه أمره، وخفي عليه عاقبته»<sup>(٢)</sup>.

وقال القرافي: «أصل الغرر هو الذي لا يدري هل يحصل أم لا كالطير في الهواء والسمك في الماء»<sup>(٣)</sup>.

وقال ابن تيمية: «الغرر هو المجهول العاقبة»<sup>(٤)</sup>.

ويمكن القول إن أصحاب هذه التعريفات قد نظروا إلى الغرر من حيث علاقته بالجهالة التي هي من أحد أسبابه، وإن اختلف مدلول تعريف ابن حزم عن مدلول تعاريف الآخرين.

فابن حزم قد اقتصر في تعريفه على بعض جوانب الجهالة، وهي جهالة المقدار وجهالة الصفة.

بينما تناولتها التعاريف الأخرى على نحو أوسع، بحيث يمكن أن تدخل تحتها أسباب أخرى للغرر؛ لأن تعريف الغرر بأنه مجهول العاقبة مثلاً لا ينفي أن المعدوم، وغير مقدور التسليم غرر أيضاً، لأنهما مجهولا العاقبة كذلك.

ومن العلماء من نظر إلى الغرر من زاوية العدم، كصاحب البدائع إذ يقول: «الغرر هو الخطر الذي استوى فيه طرف الوجود والعدم بمنزلة الشك»<sup>(٥)</sup>. على أن استواء طرفي الوجود والعدم يمكن اعتباره جهالة وجود أيضاً.

(١) المحلى لابن حزم (٣٨٩/٨)، ط المنيرية.

(٢) المهذب (٢٦٥/١)

(٣) الفروق (٢٦٥/٣).

(٤) الفتاوى (٢٧٢/٣)، ط الكرشي.

(٥) انظر: بدائع الصنائع (١٦٣/٥).

ومنهم من نظر إليه من جانب ثالث هو عدم القدرة على التسليم كالعلامة ابن القيم، إذ يقول: «بيع الغرر هو ما لا يقدر على تسليمه سواءً كان موجوداً أو معدوماً كبيع العبد الآبق، والبعير الشارد»<sup>(١)</sup>.

وهناك فريق آخر من الفقهاء نظر إلى الغرر من جوانب مختلفة فعرفه تعريفاً جامعاً لا يقتصر على جانب دون آخر، بل ينتظم كافة الغرر، كقول ابن عرفه: «بيع الغرر: ما شك في حصول أحد عوضيه، أو مقصود منه غالباً»<sup>(٢)</sup>.

وقول الدسوقي: «الغرر: التردد بين أمرين: أحدهما على الغرض، والثاني على خلافه»<sup>(٣)</sup>.

وكقول الرملي: «هو ما احتمل أمرين أغلبهما أخوفهما»<sup>(٤)</sup>.

وبعد:

فقد اخترت بحث الغرر في العقد الإسلامي لأمرين:

أحدهما: انصراف الباحثين عن دراسة هذا الموضوع دراسة مستقلة تجمع شتاته، وتعبد مسالكه، وتقرب تناوله، وتوطئ أكنافه، فقد ظلت مسائله - عبر السنين - مطمورة في مواضع شتى من بطون الكتب، لا يتسنى الوصول إليها إلا لمن سبر أغوار هذا الفقه، وتمرس بدراسته، مع ما يؤدي إليه بحثه من التعرف على مختلف الآراء، واختيار ما يستجيب منها لمقتضيات التعامل.

(١) إعلام الموقعين (١/٣٥٧).

(٢) انظر: الرصاع صفحة ٢٥٣-٢٥٤.

(٣) حاشية الشرح الكبير للدردير (٣/٥٥).

(٤) نهاية المحتاج (٣/٣٩٢).

الأمر الثاني: خطورة الغرر، وتغلغله في العقود الإسلامية وتنوع صورته، وتعدد أسبابه وتداخلها، وتفاوت آراء الفقهاء في اعتبار دخول بعض المسائل وعدم دخولها في نطاق الغرر.

وقد حاولت أن أوصل مسائل الغرر المتعلقة بمحل الالتزام التعاقدية-وهو موضوع هذا البحث- فصنفتها في أقسام ثلاثة:

الجهالة، والعدم، والعجز عن التسليم.

وتوخيت بقدر المستطاع أن أجمع المسائل المتشابهة تحت عنوان واحد، واستبعدت الغرر الواقعة في غير الالتزام كالغرر الواقعة في أثر الالتزام مثل الشرط والأجل.

وقد يكون لغيري رأي آخر، بالنسبة لوضع المسائل في المواضع التي أدرجتها فيها، بل أنني أنا أيضاً أرى أن بعض تلك المسائل يمكن إدخالها تحت عدة أبواب، غير أنني تباديت ذلك رغبة في الاختصار، وتجنباً للإطالة والتكرار.

وتحررت الدقة في البحث فحررت طائفة من المسائل التي نقلها بعض الفقهاء عن المذاهب الأخرى كالكاساني في البدائع، وابن قدامة في المغني.

وأخذت بالمنهج التاريخي، فاستقرت آراء الفقهاء على اختلاف طبقاتهم وفق هذا المنهج، وعرضت النصوص عرضاً زمنياً بحسب وفاة أصحابها، محاولاً بهذا أن أرصد أهم التطورات التي مر بها هذا الموضوع. والله ولي التوفيق.

عبد الله بن محمد بن عثمان الجبير



## القسم الأول

# الجهالة

ويشمل توطئة وستة أبواب:

الباب الأول: الجهالة في عقد البيع.

الباب الثاني: الجهالة في العقود المشابهة للبيع.

الباب الثالث: الجهالة في المشاركات.

الباب الرابع: الجهالة في عقود الاستيثاق.

الباب الخامس: الجهالة في التبرعات.

الباب السادس: الجهالة في عقد الوكالة.



### توطئة

ترتبط الجهالة بالغرر ارتباطاً وثيقاً، حتى إن الفقهاء قد يتوسعون في هذين اللفظين فيستعملون أحدهما موضع الآخر.

ويرى القرافي أن الغرر هو الذي لا يدري هل يحصل أم لا كالطير في الهواء والسماك في الماء. وأن المجهول هو ما علم حصوله وجهلت صفته كبيع الشخص ما في كمة<sup>(١)</sup>.

ونرى أن علاقة الجهالة بالغرر تقوم على أمرين :

أحدهما: وقوعها في محل الالتزام التعاقدي، أو أثره كالأجل.

والثاني: اشتغالها على عنصر الاحتمال.

فهذان الأمران كفيلا بأن يجعلنا من الجهالة غرراً.

ويبقى البحث بعد ذلك في كثرة الغرر وقلته، وتأثيره في صحة العقد وعدم تأثيره.

فإن تجردت الجهالة من عنصر الاحتمال، ولم تكن في محل الالتزام الذي ينشأ من العقد، ولا في أثره، انفصلت عن الغرر، وصار لها كيان مستقل، وذلك كالإقرار بالمجهول.

وعلى هذا الأساس فإننا سنتناول في بحثنا هذا جهالة محل الالتزام التعاقدي في الفقه الإسلامي، باعتبار أن الجهالة هي أحد منابع الغرر.

(١) انظر: الفروق (٣/٢٦٥-٢٦٦).





## الباب الأول

### الجهالة في عقد البيع

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: جهالة المبيع.

الفصل الثاني: أنواع الجهالة في الفقه الإسلامي.

الفصل الثالث: جهالة الثمن.



## الفصل الأول جهالة البيع

يجب أن يكون المبيع معلوماً لدى المتعاقدين علماً يمنع وقوع النزاع بينهما، فإن كان مجهولاً جهالة فاحشة وهي التي تؤدي إلى النزاع لم يصح العقد سواءً كان سببها إبهام البيع، أو غيبته عن مجلس العقد إذا لم تسبق رؤيته قبل ذلك، أو استتاره عن الأنظار كسواء الخنطة في أكياسها بدون رؤية أو وصف ولا إشارة إليها.

وإليك بيان هذه الأسباب الثلاثة :

### المبحث الأول الإبهام

الإبهام هو عدم تعيين المعقود عليه سواءً كان من الأشياء المثلية كالمكيلات والموزونات، أو كان من الأشياء المتفاوتة كالأغنام والثياب ونحوها. ومتى نشأت عنه جهالة تفضي إلى النزاع فسد العقد<sup>(١)</sup>.

(١) يميز الخفية بين العقد الباطل والعقد الفاسد.

فالعقد الباطل هو ما لم يشرع بأصله ووصفه، وليس له وجود إلا من حيث الصورة، ولا يترتب عليه أي أثر، لأنه غير منعقد.

والعقد الفاسد ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه، ويعتبر موجوداً لكن يجب فسخه، ولا يترتب عليه أثر قبل قبض المبيع ولا بعده إن لم يكن بإذن البائع، فإن أذن البائع في قبضه فقبضه المشتري ترتب عليه ملك خاص يفيد التصرف دون الانتفاع بعين المملوك على أحد قولين في المذهب الحنفي.

وعلى هذا فلو اشترت سلعة بعقد فاسد للجهالة مثلاً لم تملك المبيع قبل قبضه ولا بعده إن لم يأذن البائع لك بالقبض، فإن قبضته بإذنه ملكت المبيع ملكاً غير لازم، ووجب عليكما فسخ العقد، فإن لم يقم أحدكما بفسخه فسخه القاضي جبراً عنكما ما لم يوجد ما يمنع الفسخ كأن تتصرف فيه ببيع أو هبة أو صدقة فإن حصل شيء من هذا أصبح ملكك له لازماً، ورجع البائع عليك بالقيمة أو بالمثل لا بالمسمى.

وهناك فرق بين تعيين الأشياء المثلية ، وتعيين الأشياء المتفاوتة.

فالأشياء المثلية لا يجب تعيين المعقود عليه فيها بالذات ، لأن كل واحد منها يساوي الآخر ، والجهالة المفضية إلى النزاع فيها ترتفع بذكر واحد منها فقط. فإذا باع قفيزاً من هذه الصبرة بدرهم صح العقد بالرغم من جهالة القفيز ؛ لأن هذه الجهالة لا تؤدي إلى النزاع ؛ لتمائل الأفضرة في الصبرة الواحدة.

وإذا باع الصبرة كلها ، اكتفى في تعيينها بالإشارة إليها.

أما الأشياء المتفاوتة فتتطلب قدراً أكثر من التعيين ، إذ يجب تعيين المعقود عليه فيها بالذات فلا يصح بيع ثوب من هذا العدل ، ولا بيع شاة مبهمة من قطيع غنم ؛ لأن الجهالة فاحشة بين ثوب وآخر ، وشاة وأخرى ، ومن شأن تلك الجهالة أن تؤدي إلى النزاع ، وكذلك لا يجوز بيع طائفة معلومة من جملة معدودات متفاوتة كالبطيخ والرمان إذا كانت جملة ذلك أكثر مما سمي في العقد ، لعدم تعيين البيع بالذات.

على أن لبعض الناس ظروفاً تحول بينهم وبين دخول الأسواق ، وقد يكون بعضهم في حاجة إلى التفكير والتروي ، أو الرجوع إلى خبير يستشيريه فيما يأخذ وما يدع قبل أن يبت في البيع ، فكان في اشتراط تعيين المعقود عليه بالذات وقت إبرام العقد تضيق لنطاق التعامل.

ولهذا أجاز الحنفية استحساناً خيار التعيين على أن يذكر هذا الخيار وقت التعاقد ، فإن أغفل ذكره في هذه الفترة كما لو قال البائع للمشتري : بعثك سيارة من هاتين بألف جنيه ، ولم يقل : على أنك بالخيار في أي واحدة منهما لم يجز البيع اتفاقاً لجهالة البيع.

ولا بد أيضاً من تعيين ثمن كل واحدة منهما وإلا فسد البيع لجهالة الثمن.

وقد استدلل المجيزون لهذا الخيار من الحنفية بجواز خيار الشرط، وذكروا أن الجامع بينهما دعاء الحاجة إلى دفع الغبن وكل واحد منهما وسيلة إلى ذلك. وقالوا: إن ورود الشرع هناك يعتبر وروداً له هنا<sup>(١)</sup>.

ولما كان أساس القول بجواز اشتراط هذا الخيار هو دفع الحاجة. فقد أجازوا ذلك بالقدر الذي تندفع به الحاجة فقط، فللمشتري أن يشترط خيار التعيين بين اثنين أو ثلاثة، لاقتصار الأشياء على الجيد والوسط والرديء، وليس له أن يتجاوز ذلك فيشترط الخيار في أربعة أشياء، لبقاء ما جاوز الثلاثة على أصل القياس وهو المنع.

وقد تعارضت أقوال الحنفية في صاحب الخيار فذهب طائفة منهم إلى اختصاص المشتري به، لأنه يحتاج إلى اختيار ما يلائمه بخلاف البائع فلا حاجة له في هذا الخيار؛ لأن المبيع قد كان تحت يده. وذهب الكرخي إلى جواز إعطاء البائع خيار التعيين استحساناً قياساً على خيار الشرط.

جاء في فتح القدير<sup>(٢)</sup>: «وإذا ظهر أن جواز هذا البيع للحاجة إلى اختيار ما هو الأرفق والأوفق لمن يقع الشراء له حاضراً أو غائباً، ظهر أنه لا يجوز للبائع، بل يختص خيار التعيين بالمشتري، لأن البائع لا حاجة له إلى اختيار الأرفق والأوفق؛ لأن المبيع كان معه قبل البيع وهو أدري بما لاءمه منه فيرد جانب البائع إلى القياس، فلهذا نص في المجرد على أنه لا يجوز في جانب البائع، وذكر الكرخي أنه يجوز استحساناً؛ لأنه يبيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع قياساً على الشرط».

(١) انظر: البدائع (١٥٧/٥).

(٢) (١٣١/٥).

واختلفوا في اشتراط بيان المدة في هذا الخيار.  
 فذهب بعضهم إلى عدم جواز البيع المقترن بخيار التعيين إلا إذا ذكرت له مدة معلومة؛ لأن ترك التوقيت تجهيل لمدة الخيار، وهو مفسد للبيع.  
 وقال آخرون بصحة خيار التعيين بدون ذكر المدة.  
 كما اختلفوا أيضاً في تقدير مدة خيار التعيين. فذهب أبو حنيفة رحمه الله إلى أنها ثلاثة أيام فما دونها، ومنع الزيادة على ذلك.  
 وذهب أبو يوسف ومحمد إلى جواز الاتفاق على أي مدة إذا كانت معلومة.  
 جاء في فتح القدير<sup>(١)</sup>: «لابد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند أبي حنيفة كما في خيار الشرط، لأنه أصله. وعندهما أي مدة تراضيا عليها بعد كونها معلومة».

أما الإمام زفر فقد تمسك بالقياس ومنع خيار التعيين<sup>(٢)</sup>.  
 وذهب المالكية إلى جواز خيار التعيين في الأشياء التي تتقارب صفاتها<sup>(٣)</sup> وسموا ذلك بالاختيار.

فإذا باع أحد هذين الثوبين على البت بدينار وترك للمشتري تعيين واحد منهما خلال فترة معينة كيوم أو يومين جاز ذلك.  
 جاء في الشرح الكبير للدردير<sup>(٤)</sup>: «وأشار إلى القسم الثالث، وهو الاختيار فقط بقوله: وفي اشترائه على اللزوم لأحدهما، أي على أن أحدهما لازم له

(١) (١٣٢/٥).

(٢) انظر: المبسوط (٥٥/١٣)، والبدائع (١٥٧/٥)، والهداية (٢٥/٣)، وفتح القدير

(١٢٨/٥)، ومجمع الأنهر (٣١/٢).

(٣) انظر: المجموع للنووي (٢٨٨/٩).

(٤) (١٠٧/٣).

وإنما الخيار في التعيين، ولا يرد إلا أحدهما فمضت مدة الاختيار ولم يدع ضياع شيء منهما فإنه يلزمه النصف من كل منهما؛ لأن ثوباً قد لزمه ولا يعلم ما هو منهما فوجب أن يكون فيهما شريكاً<sup>(١)</sup>.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن خيار التعيين يفسد العقد<sup>(٢)</sup>، لاختلاف أجزاء الأشياء المعقود عليها، وتفاوت قيمها، ولأنه لا يصح بدون شرط الخيار فلا يصح معه، ولأنه يؤدي إلى النزاع ويدخل في عموم النهي عن بيع الغرر، ولأن المشتري يمكنه أن يختار ما يريد شراءه قبل العقد.

جاء في المهذب<sup>(٣)</sup>: «ولا يجوز بيع عين مجهولة كبيع عبد من عبيد وثوب من أثواب؛ لأن ذلك غرر من غير حاجة، ويجوز أن يبيع قفيزاً من صبرة؛ لأنه إذا عرف الصبرة عرف القفيز منها فزال الغرر».

وجاء في المجموع للنووي<sup>(٤)</sup>: «قال أصحابنا: لا يجوز بيع عين مجهولة، فلو قال: بعثك أحد عبيدي أو أحد عبيد هذين أو شاة من هذا القطيع أو من هاتين الشاتين أو ثوباً من هؤلاء أو من هذين أو ما أشبه ذلك فالبيع باطل».

وجاء في نفس المرجع<sup>(٥)</sup>: «(فرع) قد ذكرنا أن مذهبننا أنه لا يجوز بيع عبد من عبيد ولا من عبيدين ولا ثوب من ثياب ولا ثوبين سواءً شرط الخيار أم لا، وقال أبو حنيفة: إذا باع عبداً من عبيدين أو ثلاثة بشرط خيار ثلاثة أيام صح،

(١) وانظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١٠٦/٣).

(٢) الفساد والبطلان مترادفان عند الشافعية والحنابلة وعند الحنفية متباينان. انظر: القواعد لابن اللحام ص ١١٠.

(٣) (٢٦٣/١).

(٤) (٢٨٧، ٢٨٦/٩).

(٥) (٢٨٨/٩).

وإن باعه عبداً من أربعة فأكثر لم يصح، وقال مالك: إذا باع عبداً من عبید أو ثوباً من ثياب وكلها متقاربة في الصفة وشرط الخيار للمشتري صح البيع». وجاء في الشرح الكبير على متن المقنع لابن أبي عمر<sup>(١)</sup>: «(مسألة) ولا يجوز أن يبيع عبداً غير معين، ولا عبداً من عبید، ولا شاة من قطع، ولا شجرة من بستان، ولا هؤلاء العبید إلا واحداً غير معين ولا هذا القطيع إلا شاة غير معينة. وإن استثنى معيناً من ذلك جاز، لا يجوز أن يبيع عبداً غير معين؛ لأنه مجهول، ولأنه غرر وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر، ولا عبداً من عبید، سواءً قلوا أو كثروا، وبه قال الشافعي، وقال أبي حنيفة: إذا باعه عبداً من عبدين أو من ثلاثة بشرط الخيار له صح؛ لأن الحاجة تدعوا إليه، ولو كانوا أكثر لم يصح، لأنه يكثر الغرر.

ولنا أنه مما تختلف أجزاءه وقيمه فلا يجوز شراء بعضه غير معين ولا شياع كالأربعة، ولأنه لا يصح من غير شرط الخيار فلا يصح مع شرطه، كالأربعة، ولا حاجة إلى هذا فإن الاختيار يمكن قبل العقد ويبطل ما قالوه بالأربعة، ولا يجوز بيع شاة من القطيع؛ لأن شياه القطيع غير متساوية القيم فتكون مجهولة، ولأن ذلك يفضي إلى التنازع، وكذلك إذا باع شجرة من بستان لا يصح لما ذكرناه ولأن فيه غرراً فيدخل في عموم النهي عن بيع الغرر».

هذا وقد أجاز بعض الحنابلة خيار التعيين في ثلاثة أشياء فقط كالحنفية، جاء في الفروع<sup>(٢)</sup>: «وفي مفردات أبي الوفاء: يصح بيع عبد من ثلاثة بشرط الخيار».

\*\*\*

(١) (٢٩/٤) ط المنار.

(٢) (٤٥٩/٢) ط المنار.



## المبحث الثاني

## الغيبَة

ومن أسباب جهالة البيع غيبة المعقود عليه عن مجلس العقد إذا لم تسبق رؤيته قبل ذلك على تفصيل سنعرض له فيما بعد.

وقد تعارضت أقوال الفقهاء في هذه المسألة فذهب الشافعية إلى عدم جواز بيع الغائب.

وقال الأئمة الثلاثة بجواز البيع وإعطاء المشتري خيار الرؤية وإليك بيان ذلك:

## المذهب الشافعي:

لا يجوز عندهم بيع الغائب إذا جهل جنسه أو نوعه لما في ذلك من الغرر المنهي عنه، عن أبي هريرة وابن عمر رضي الله عنهما: (أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر)<sup>(١)</sup>.

وعن حديث حكيم بن حزام قال: يا رسول الله الرجل يطلب مني البيع وليس عندي أفأبيعه؟ فقال رسول الله ﷺ: (لاتبع ما ليس عندك)<sup>(٢)</sup>.

أما إذا علم جنس المبيع ونوعه كما لو قال: بعتك الفرس الأدهم الذي في اصطبلي فللشافعية في ذلك قولان:

أحدهما: جواز البيع وهو قول الإمام في القديم، ودليله حديث ابن أبي مليكة: (أن عثمان رضي الله عنه ابتاع من طلحة أرضاً بالمدينة ناقله بأرض له بالكوفة، فقال عثمان: بعتك ما لم أره، فقال طلحة: إنما النظر لي، لأنني ابتعت مغيباً

(١) صحيح مسلم (١٢٩٤).

(٢) سنن أبي داود (٣٥٠٣)، النسائي (٢٢٥/٢)، الترمذي (٢٣٢/١)، ابن ماجه (٢١٨٧).

وأنت قد رأيت ما ابتعت فتحاكما إلى جبير بن مطعم ففضى على عثمان أن البيع جائز وأن النظر لطلحة لأنه ابتاع مغيباً<sup>(١)</sup>.

والقول الجديد: للشافعي رحمته الله عدم جواز بيع ما لم ير استدلالاً بحديث أبي هريرة رضي الله عنه: (أن رسول الله صلوات الله عليه نهى عن بيع الغرر).

جاء في المجموع للنووي<sup>(٢)</sup>: «قال البيهقي في كتابه معرفة السنن والآثار في أول كتاب البيوع جوز الشافعي بيع الغائب في القديم وكتاب الصلح والصرف وغيرهما ثم رجع فقال: لا يجوز لما فيه من الغرر والله أعلم».

وذكر أصحاب الشافعي أن هذين القولين في بيع الغائب يجريان في شرائه وإجارته، وفي المصالحة عليه وفي وقفه ورهنه وهبته.

وقال بعض الشافعية: «إن الرهن والهبة أولى بالصحة لعدم الغرر فيهما فإذا صححناهما فلا خيار عند الرؤية»<sup>(٣)</sup>.

ولا بد من الرؤية الحسية للبيع في أصح الوجهين، فلا يقوم مقامها سماع وصفه بالتواتر. ولا استقصاء أوصافه على النحو المعتبر في السلم وبهذا قطع العراقيون من الشافعية.

والرؤية في كل شيء بحسبه، فإذا اشترى داراً لزم رؤية بيوتها وسقفها ووسطحها وجدرانها ومرافقها، وإذا اشترى دابة اشترطت رؤية مقدمها ومؤخرها وقوائمها وينبغي رفع السرج أو الاكاف أو الجل لثلا يحول ذلك دون رؤية بعض أجزاء المبيع.

(١) انظر: المهذب (١/٢٦٣)، والأثر أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٥/٢٦٧).

(٢) (٩/٢٩٠).

(٣) انظر: المجموع (٩/٢٩١).

وإذا اشترى كتاباً فينبغي تقليب أوراقه ورؤية جميعها، وإذا اشترى ثوباً مطويّاً وجب نشره، ولا بد في الثياب الصفيقة كالديباج المنقوش من رؤية وجهيه، أما الثياب الرفيعة كالكرباس ونحوه فيكتفي برؤية أحد وجهيه في أصح القولين<sup>(١)</sup>.

### الرؤية السابقة:

يختلف أثر الرؤية السابقة في صحة العقد بحسب اختلاف طبيعة المعقود عليه، فإذا كان مما يسرع إليه الفساد كالفواكه والأطعمة فلا عبرة برؤيته السابقة؛ لأنه معرض للتغير في الفترة الواقعة بين الرؤية وبين التعاقد، ويبطل العقد حينئذ لجهالة المعقود عليه.

وإن كان مما يحتمل بقاءه على حاله، ويحتمل تغيره في نفس الوقت فللشافعية في ذلك وجهان أصحهما صحة العقد، وإذا وجد المعقود عليه متغيراً كان له الخيار وإلا فلا خيار له، وقال المزني وأبو علي بن أبي هريرة بعدم صحة العقد<sup>(٢)</sup>.

أما إذا كان المعقود عليه غير قابل للتغير في غالب الأحوال كقطع الأرض والأواني والحديد والنحاس ونحوه، أو كان لا يتغير في المدة الفاصلة بين الرؤية السابقة للبيع وبين إبرام العقد، فالعقد صحيح عند جمهور الشافعية في هذه الأحوال.

وقال الأئمطي ببطلان ذلك، ونقل أحد تلامذة الشافعي مثل هذا القول عنه<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر: المجموع (٢٩١/٩-٢٩٢).

(٢) انظر: المجموع (٢٩٧/٩).

(٣) انظر: المجموع (٢٩٦/٩).

**رؤية بعض المبيع:**

إذا كان بعض المبيع يدل على باقيه صح بيعه بمجرد رؤية بعضه كصبرة الحنطة والشعير والجوز واللوز والدقيق ونحوها وكالسمن والخل والزيت وسائر المائعات في ظروفها.

وإن كان مما يختلف كالسفرجل والرمان والبطيخ فلا بد من رؤية كل واحدة منها.

ولا تكفي رؤية أعلى سلال العنب والتين والخوخ لكثرة اختلافها بل ينبغي أن تحيط بها الرؤية.

ويصح بيع الأتموزج بشرط دخوله في العقد، وتساوى أجزاء المبيع. فإن أراه جزءاً من البيع منفصلاً عنه، وقال له بعثك من هذا النوع كذا وكذا فالعقد باطل<sup>(١)</sup>.

**تضريعات على القول بجواز بيع الغائب:**

يتفرع على القول بجواز بيع الغائب وجوب ذكر جنس المبيع ونوعه. كبعث فرسي الأبيض أو قلمي الباركر.

فإن أخل بذلك لم يصح العقد.

وعلى هذا فلا يجوز بيع ما في الكم أو الخزنة إذا كان المتعاقدان لا يعرفان ما فيهما.

ولا يفتقر العقد إلى ذكر صفات المبيع بعد ذكر جنسه ونوعه في الأصح، وقال أبو حامد المروزي: لا بد من ذكر أكثر صفات المبيع.

(١) انظر: المجموع (٢٩٨/٩)، وتحفة المحتاج (٤/٢٦٨).

قال النووي في المجموع<sup>(١)</sup>: «ضبط الأصحاب ذلك بما يصف به المدعي عند القاضي».

وقال أبو علي الطبري: «يفتقر العقد إلى ذكر صفات السلم».

وينبغي على القول باشتراط الوصف أن يكون للمشتري الخيار إذا وجد المبيع أقل مما وصف به، فإن وجده كما وصف فالمشهور أنه على وجهين أحدهما ثبوت الخيار.

أما على القول بعدم اشتراط الوصف فيكون للمشتري الخيار عند الرؤية سواء اشترط ذلك أم لا.<sup>(٢)</sup>

وقد اختلف القائلون بثبوت خيار الرؤية من الشافعية في فورية هذا الخيار أو امتداد طوال مجلس الرؤية، فقال أبو اسحق المروزي: «يمتد مادام مجلس الرؤية، وهذا هو الأصح عندهم».

وقال أبو علي بن أبي هريرة: «خيار الرؤية على الفور»<sup>(٣)</sup>.

#### المذهب الحنفي:

تضاربت أقوال الحنفية في حكم بيع الغائب المملوك للبائع إذا سمي جنسه. فقال بعضهم بصحة بيعه بلا وصف، لارتفاع الجهالة بخيار الرؤية، واشترط آخرون لصحة البيع تعريفه بوصف أو إشارة.

فمن اشترط الصفة لصحة بيع الغائب: الزاهدي حيث يقول في الحاوي: «باع حنطة قدرًا معلومًا ولم يعينها لا بالإشارة ولا بالوصف لا يصح»<sup>(٤)</sup>.

(١) (٢٩٣/٩).

(٢) انظر: المجموع (٢٩٣/٩).

(٣) انظر: المجموع (٢٩٤/٩).

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين (٢٨/٤).

وصاحب الاختيار والبرهان إذ يقول: «وإن كان المبيع غائباً ولا يعرف بالأنموذج كالثياب والحيوان فلا بد من ذكر جميع الأوصاف قطعاً للمنازعة ويكون له خيار الرؤية»<sup>(١)</sup>.

وابن عبد الملك إذ يقول: «وشرط في صحة البيع معرفة المبيع بما ينفي الجهالة؛ لأن المعاملات شرعت لقطع المنازعات، وجهالة قدره ووصفه تفضي إلى المنازعة»<sup>(٢)</sup>.

والعلامة المقدسي حيث قال في شرح الكنز: «وسكت المصنف عن شرطه. يعني شرط الوصف في المبيع قياساً على الثمن أو بطريق الدلالة؛ لأنه إذا شرط في الثمن غير المقصود في العقد ففي المقصود أولى»<sup>(٣)</sup>.

وحقق العلامة ابن عابدين أن المراد بمعرفة الوصف ما ترتفع به الجهالة الفاحشة ويتميز به المبيع عن أشباهه، ويحصل ذلك إما ببيان وصف المبيع كما لو قال: بعتك عشرين قدحاً من الذرة الشامية.

أو بذكر مكانه الخاص كما لو قال: بعتك ما في هذا البيت، أو بإضافته إلى نفسه كقوله: بعتك منزلي وليس له منزل سواه، أو بذكر حدوده كأن يقول: بعتك قطعة الأرض التي يحدها كذا وكذا.

فجميع الصور المتقدمة ليس فيها جهالة فاحشة، بل جهالة يسيرة ترتفع بخيار الرؤية، ويكون للمشتري بمقتضى هذا الخيار أن يأخذ المبيع أو يرده على صاحبه إذا لم يلائمه.

(١) انظر: نفيس المتجر "تحقيقنا" بأخر هذا الكتاب.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

أما الجهالة الفاحشة فتعتبر منافية لصحة العقد، وخيار الرؤية إنما يثبت بعد صحة العقد لرفع الجهالة اليسيرة فقط.

جاء في حاشية ابن عابدين<sup>(١)</sup>: «هذا والذي يظهر من كلامهم تفریباً وتعلیلاً أن المراد بمعرفة القدر والوصف ما ينفي الجهالة الفاحشة، وذلك بما يخصص المبيع عن أنظاره، وذلك بالإشارة إليه لو حاضراً في مجلس العقد، وإلا فبيان مقداره مع بيان وصفه لو من المقدرات كبعثك حنطة بلدية مثلاً بشرط كونه في ملكه، أو بيان مكانه الخاص كبعثك ما في هذا البيت أو ما في كمي، أو بإضافته إلى البائع كبعثك عبدي ولا عبد له غيره، أو بيان حدود أرض، ففي كل ذلك تنتفي الجهالة الفاحشة عن المبيع وتبقى الجهالة اليسيرة التي لا تنافي صحة البيع؛ لارتفاعها بثبوت خيار الرؤية، فإن خيار الرؤية إنما يثبت بعد صحة البيع لرفع تلك الجهالة اليسيرة لا لرفع الجهالة الفاحشة المنافية لصحته، فاغتنم تحقيق هذا المقام بما يرفع الظنون والأوهام، ويندفع به التناقض، عن عبارات القوم».

ومن جوز بيع الغائب المسمى جنسه بلا وصف: الخصاف.

قال الترجماني في يتيمة الدهر: «ذكر في حيل الخصاف، لو قال: بعثك طعامي الذي هيأته بكذا يجوز. قال الحلواني: صاحب الكتاب جوز البيع على هذه الصفة ويحتاج الجواز هنا لشيء آخر، هو أن يشير إلى الموضع الذي فيه الطعام، أو يعرفه بشيء، فأما إذا قال: بعث منك طعاماً لا يجوز، ما لم يقل من بيدركذا أو من جنق كذا، فأما إذا أطلق إطلاقاً فإنه لا يجوز ذلك، ولكن صاحب الكتاب يعني الخصاف جوز هذا. فهذا مذهبه».

كما جوزه صاحب الخلاصة أيضا فقد جاء فيها: «باع عبداً له، ولم يصف ولم يشر إليه، إن كان له عبد واحد يجوز»<sup>(١)</sup>.  
والقول بالجواز هو ظاهر الكنز والدر المختار وغيرهما من كتب المذهب الحنفي.

قال ابن عابدين في حاشيته<sup>(٢)</sup>: «(تنبيه) ظاهر كلامه كالكنز يعطي أن معرفة وصف المبيع غير شرط وقد نفى اشتراطه في البدائع في المبيع والثلث، وظاهر الفتح إثباته فيهما ووفق في البحر بحمل ما في البدائع على المشار إليه أو إلى مكانه وما في الفتح على غيره، لكن حقق في النهر أن ما فهمه من الفتح وهم فاحش؛ لأن كلام الفتح في الثمن فقط. قلت: وظاهره الاتفاق على اشتراط معرفة القدر في المبيع والثلث وإنما الخلاف في اشتراط الوصف فيهما».

ويرى العلامة الشرنبلالي جواز بيع الغائب المسمى جنسه وإن لم يوصف ولم يشر إليه، لانتفاء الجهالة المانعة من صحة العقد بخيار الرؤية؛ إذ يكون له بمقتضى هذا الخيار أن يردّ المبيع إذا لم يوافقه فلا تقضي جهالة وصفه إلى النزاع.

جاء في نفيس المتجر للشرنبلالي: «فتلخص مما ذكرناه أن جهالة قدر المبيع الذي سمي جنسه وجهالة وصفه لا تمنع سواء كان المبيع مشاراً إليه أو غير مشار إليه؛ لأن المشار إليه علم بالإشارة، والغائب يثبت فيه خيار الرؤية فانتفت الجهالة المانعة من الصحة، فلم يحتج إلى بيان قدره، ولا بيان وصفه لصحة بيعه».

(١) انظر: نفيس المتجر للعلامة الشرنبلالي: تحقيق صاحب هذا الكتاب.

(٢) (٢٨/٤).



وقد استدل الحنفية على جواز بيع الغائب بعموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]. كما استدلوا بحديث أبي بكر بن عبد الله ابن أبي مریم عن مكحول عن النبي ﷺ قال: (من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه، إن شاء أخذه وإن شاء تركه). وبحديث عمر بن إبراهيم بن خالد عن وهب البكري عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: (من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه)<sup>(١)</sup>.

وبقصة عثمان بن عفان رضي الله عنه حيث باع أرضاً بالبصرة لطلحة بن عبد الله فقيل لطلحة: أنك قد غبت فقال: لي الخيار لأنني ابتعت ما لم أره فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضوان الله عليهم ولم ينقل عن أحد منهم إنكاره.

والمراد بالرؤية العلم بالمقصود من المبيع، ولا يحصل ذلك بمجرد الرؤية في كل شيء، فهناك أمور تعرف بالحواس الأخرى كالمسك فهو يعرف بالشم، فإذا اشتراه بعد رؤيته كان له الخيار عند شمه. ومثل ذلك ما يعرف بذوقه أو لمسه.

ويجيب الحنفية عن النهي الوارد في حديث حكيم بن حزام عن بيع ما ليس عند الإنسان، بأن المراد به بيع ما ليس مملوكاً للبائع، أخذاً من قصة الحديث؛ فإن حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: يا رسول الله: أن الرجل يطلب مني سلعة

(١) قال في المقاصد الحسنة: «رواه الدارقطني والبيهقي والديلمي من حديث أبي هريرة مرفوعاً، وفي سنده عمر بن إبراهيم الكردي مذكور بالوضع، وذكر الدارقطني أنه تفرد به، وقال هو والبيهقي أنه من قول ابن سيرين، وجاء من طريق أخرى مرسله عن مكحول مرفوعاً أخرجها ابن أبي شيبة والدارقطني والبيهقي والراوي عنه ضعيف، ونقل النووي اتفاق الحفاظ على تضعيفه».

ليست عندي فأبيعها منه ثم أدخل السوق فأستجيدها فأشترىها فأسلمها إليه فقال عليه الصلاة والسلام: (لا تبع ما ليس عندك)<sup>(١)</sup>.

ويثبت خيار الرؤية بحكم الشرع بلا حاجة إلى اشتراطه في العقد خلافاً لخيار التعيين، فلا بد لثبوته من شرط خاص إذا أغفل ذكره لم يكن هنالك خيار. كما يثبت خيار الرؤية فيما يفسخ العقد برده وذلك في عقود أربعة: «عقد البيع إذا كان المبيع عيناً معينة بالذات، وإجارة الأعيان، وقسمة غير المثليات، والصلح على مال هو عين. ولا يثبت في العقود التي لا تحتل الفسخ كالمهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمدة»<sup>(٢)</sup>.

ويرى الدكتور السنهوري أن عدم لزوم العقد في خيار الرؤية يقوم في أساسه على فكرة الغلط؛ إذ يفترض أن المشتري لم يجد المبيع على الحال التي ظنها بل وجده على حال لا يصلح معها للغرض المقصود<sup>(٣)</sup>.

ونضيف إلى ذلك: أن من الأسس التي قام عليها عدم لزوم العقد أيضاً بالنسبة إلى هذا الخيار، دفع الغرر الذي يتمثل في جهالة المبيع.

هذا وخيار الرؤية يكون للمشتري فقط، فليس للبائع خيار إذا باع ما لم يره؛ لأنه مقصر بترك الرؤية مع تمكنه منها قبل البيع إذا كان المبيع تحت يده، وسهولتها عليه إذا لم يكن تحت يده، وكان أبو حنيفة رحمته الله يقول بخيار الرؤية للبائع كالمشتري، لكنه رجع عن هذا القول. وقد روى عن عثمان رضي الله عنه أن للبائع خيار الرؤية، وقال ابن سيرين بخيار الرؤية للبائع والمشتري معاً<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر: البابرتي على هامش فتح القدير (١٣٨/٥).

(٢) مصادر الحق للسنهوري. (٢٤٩/٤). وانظر: المادة (٢٣٩) من مرشد الحيران.

(٣) مصادر الحق (٢٥٣/٤).

(٤) المحلى لابن حزم (٣٣٨/٨).

## رؤية بعض المبيع:

إذا كان المبيع متمائل الأجزاء كالمكيلات والموزونات فرأى المشتري بعض أجزائه كفت رؤية ذلك عن رؤية الباقي.

أما إذا كانت آحاده متفاوتة كالثياب والدواب فلا بد في هذه الحالة من رؤية كل أجزاء المبيع.

وعلى هذا فيصح بيع الأنموذج في متساوي الأجزاء بأن يريه بعض المبيع فيشتري باقيه على أساس تلك الرؤية، وليس له خيار بعدئذ ما دام المبيع مطابقاً لأوصاف الأنموذج الذي أبرم العقد بمقتضاه، فإن وجده مخالفاً للأنموذج فله حينئذ فسخ العقد بخيار الوصف.

تقول المادة (٣٨١) من مرشد الحيران: «إذا بيع مال بوصف مرغوب فيه فوجد المبيع خالياً عن الوصف الذي رغب المشتري فيه من أجله فله الخيار بين أخذه بكل الثمن المسمى أو رده بفسخ البيع».

وجاء في الهداية<sup>(١)</sup>: «ومن نظر إلى وجه الصبرة أو إلى ظاهر الثوب مطوياً أو إلى وجه الجارية أو إلى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له، والأصل في هذا أن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود، ولو دخل في البيع أشياء فإن كان لا تتفاوت آحادها كالمكيل والموزون وعلامته أن يعرض بالنموذج يكتفي برؤية واحد منها، إلا إذا كان الباقي أردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار، وإن كان تتفاوت آحادها كالثياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد منها، والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي، وكان ينبغي أن يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة إذا

(١) مع فتح القدير (١٤٢/٥).

ثبت هذا فنقول : النظر إلى وجه الصبرة كافٍ ؛ لأنه يعرف وصف للبقية لأنه مكيل يعرض بالنموذج».

### المذهب المالكي:

يجوز بيع العين الغائبة على اللزوم إذا وصفت وصفاً يميزها عن غيرها، ولم تكن بعيدة جداً.

فإن لم توصف، أو وصفت وكانت بعيدة جداً فلا بد لصحة البيع من أن يشترط المشتري لنفسه خيار الرؤية.

وأنكر بعض المالكية بيع العين الغائبة بلا صفة على شرط الخيار. جاء في بداية المجتهد<sup>(١)</sup>: «وقد قيل في المذهب يجوز بيع الغائب من غير صفة على شرط الخيار، خيار الرؤية - وقع ذلك في المدونة - وأنكره عبد الوهاب وقال: هو مخالف لأصولنا».

وذكر الخطاب أن ذلك جائز، فقال: «وغائب ولو بلا وصف على خياره بالرؤية، يعني أنه يجوز بيع الغائب ولو بلا وصف لكن بشرط أن يجعل للمشتري الخيار إذا رآه»<sup>(٢)</sup>.

ولا يجوز بيع الغائب بدون صفة على اللزوم أو السكوت<sup>(٣)</sup>، غير أن التولية لا يضر السكوت فيها، لأنها معروف، ويكون للمولى الخيار<sup>(٤)</sup>.

أما العين الحاضرة في البلد الغائبة عن مجلس العقد فقد ذكر الخطاب أنه على الصفة إلا إذا كان في رؤيتها مشقة<sup>(٥)</sup>.

(١) (١٢٧/٢).

(٢) مواهب الجليل (٤/٢٩٣)، وانظر: أيضاً الشرح الكبير للدردير (٣/٢٦).

(٣) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٢٥).

(٤) انظر: الشرح الكبير للدردير (٣/٢٦) وحاشية الدسوقي عليه.

(٥) انظر: الخطاب (٤/٢٩٣) وما بعدها.

والمعتمد صحة بيعها بالصفة على اللزوم وإن لم يكن في إحضارها مشقة.<sup>(١)</sup>  
**الرؤية السابقة:**

يجوز بيع الغائب على الرؤية السابقة إذا لم يكن بينها وبين إبرام العقد مدة  
 يحتمل تغيره فيها.

فإن كان المبيع يتغير بعدها لم يجز البيع على اللزوم وجاز على خيار الرؤية.  
 ولا يشترط لجواز البيع على الرؤية السابقة أن يكون البيع غائباً عن مجلس  
 العقد، يقول الخطاب: «والظاهر أن البيع على رؤية متقدمة لا يشترط فيه هذا  
 الشرط فيجوز بيعه وإن كان حاضراً بالبلد أو مجلس التعاقد على تلك الرؤية إذا  
 لم يمض بعد الرؤية مدة يمكن أن يتغير بعدها»<sup>(٢)</sup>.

#### بيع الأنموذج:

إذا كان البيع مثلياً كالمكيل والموزون كفت رؤية بعضه عن رؤية باقيه.  
 وإن كان مقوماً فلا بد من رؤية جميعه، لاختلاف بعض أجزائه عن البعض  
 الآخر.

جاء في الشرح الكبير على الدردير<sup>(٣)</sup>: «وجاز البيع برؤية بعض المثلي من  
 مكيل كقمح وموزون كقطن وكتان بخلاف المقوم فلا يكفي رؤية بعضه»،  
 وعلى هذا يصح بيع الأنموذج عند المالكية في المثليات لا في الأشياء المقومة.

#### المذهب الحنبلي:

المشهور عن الإمام أحمد رحمه الله عدم صحة بيع الغائب الذي لم يوصف  
 ولم تسبق رؤيته، وهو قول طائفة من فقهاء التابعين كالشعبي والنخعي  
 والأوزاعي وإسحق.

(١) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير (٣/٢٦، ٢٧).

(٢) (٢٩٨/٤).

(٣) (٢٤/٣).

وعلى هذا فلا بد لصحة العقد من توافر أحد أمور: إما رؤية طرفي العقد للبيع وقت إبرام العقد، وإما تقدم الرؤية بزمن لا يتغير فيه البيع، وإما وصف العين الغائبة بما يكفي لصحة عقد السلم.

فإذا تم البيع بناء على أحد هذه الأمور الثلاثة صح ولزم ولم يكن لأي من المتعاقدين خيار للرؤية في ذلك.

فإن تبين أن المبيع على غير الصفة المذكورة فللمشتري خيار الخلف في الوصف.

جاء في الشرح الكبير<sup>(١)</sup>: «فأما إن وجدته بخلاف الصفة فله الخيار، ويسمى خيار الخلف في الصفة؛ لأنه وجد الموصوف بخلاف الصفة فلم يلزمه كالمسلم فيه».

وفي المذهب رواية أخرى تقضي بصحة بيع العين الغائبة التي لم توصف ولم تسبق رؤيتها، مع إعطاء المشتري خيار الرؤية وهذا القول موافق لما جاء في بعض كتب الأحناف كما تقدم، إلا أن الحنابلة يعطون البائع أيضاً خيار الرؤية لجهله بصفة المبيع كالمشتري، بخلاف الحنفية فخير الرؤية عندهم يختص به المشتري.

ولمن يكون له الخيار من المتعاقدين الحق عند رؤية المبيع في فسخ العقد وامضائهن فإن اختار فسخ العقد قبل رؤية المبيع انفسخ لعدم لزومه في حقه، وإن اختار امضائه قبلها لم يلزم؛ لأن إلزام العقد على شيء مجهول يؤدي إلى الضرر.

وخيار الرؤية على الفور عند الحنابلة.

(١) بهامش المغني (٤/٢٦).

وقيل : أنه يتقيد بالمجلس الذي حصلت فيه الرؤية لثبوته بمقتضى العقد دون شرط.<sup>(١)</sup>

وهناك رواية ثالثة في المذهب لا تجيز البيع على الصفة ؛ لعدم حصول معرفة البيع بها ، وعلى هذا فلا بد من رؤية المبيع وقت إبرام العقد ، وهذه الرواية موافقة لقول الشافعي في الجديد.

جاء في الشرح الكبير<sup>(٢)</sup> : «وعنه لا يصح حتى يراه ؛ لأن الصفة لا يحصل بها معرفة المبيع فلم يصح البيع بها كالذي لا يصح السلم فيه. ولنا أنه بيع بالصفة فصح كالسلم ، ولا نسلم أن الصفة لا يحصل بها المعرفة فإنها تحصل بالصفات الظاهرة التي يختلف بها الثمن ظاهراً ، ولهذا اكتفى به في السلم ، ولأنه لا يعتبر في الرؤية الاطلاع على الصفات الخفية ، وأما ما لا يصح السلم فيه فإنما لم يصح بيعه بالصفة ، لأنه لا يمكن ضبطه بها».

#### الرؤية السابقة:

يجوز بيع العين الغائبة بعد رؤيتها بمدة لا تتغير فيها ، كما يصح بيع ما يحتمل التغير وعدمه إذا لم يرجح احتمال التغير ؛ لأن الأصل السلامة.

فإذا وجد أن المبيع لم يتغير في تلك الفترة لزم البيع وإلا ثبت للمشتري الخيار ، ولا يصح بيعها بعد رؤيتها بمدة يتحقق فيها فسادها أو تغيرها ، أو يرجح احتمال تغيرها.

وفي المذهب رواية أخرى تقول بعدم صحة بيع العين الغائبة إلا إذا رآها البائع والمشتري وقت العقد ؛ لأن ما كان شرطاً لصحة العقد يجب وجوده حال العقد قياساً على الشهادة في النكاح.

(١) انظر : المغني (٧٤/٤) وما بعدها.

(٢) انظر : المغني (٢٦/٤).

ويحتج مرجحو الرواية الأولى من الأصحاب بأن الرؤية السابقة من وسائل معرفة المبيع. فهي كمشاهدته وقت التعاقد.

وأما شهادة النكاح فيراد بها حل هذا العقد والاستيثاق عليه فاشتراط وجودها حالة العقد<sup>(١)</sup>.

### بيع الأنموذج:

الصحيح عند الحنابلة عدم جواز بيع الأنموذج، وهو ما يدل على صفة المبيع كما سبق القول، فإذا أراه صاعاً وباعه الصبرة على أنها من جنسه لم يصح البيع، لعدم رؤية المبيع وقت التعاقد.

وفي المذهب رواية أخرى تقضي بجواز ذلك على اعتباره أن ضبط الأنموذج كذكر الصفات.

جاء في الإنصاف<sup>(٢)</sup>: «ولا يصح بيع الأنموذج، بأن يريه صاعاً ويبيعه الصبرة على أنها من جنسه على الصحيح من المذهب، وقدمه في الفروع وغيره، وقيل: ضبط الأنموذج كذكر الصفات، نقل جعفر - في من يفتح جراباً ويقول: الباقي بصفته - إذا جاء على صفته ليس له رده. قلت: وهو الصواب».

وجاء في كشف القناع<sup>(٣)</sup>: «ولا يصح بيع الأنموذج بضم الهمزة، وهو ما يدل على صفة الشيء - قاله في المصباح - بأن يريه صاعاً مثلاً من صبرة ويبيعه الصبرة على أنها من جنسه، فلا يصح لعدم رؤية المبيع وقت العقد».

\*\*\*

(١) انظر: الشرح الكبير على هامش المغني (٢٧/٤).

(٢) (٢٩٥/٤).

(٣) (١٣٠/٣).



## المبحث الثالث

## الاستتار أو الغيبة عن البصر

ومن أسباب الجهالة أيضاً أن يحجب المبيع عن الأنظار ستار يمنع رؤيته، سواء كان ستاراً صناعياً كالثياب الموضوعة في الأعدال، والقطن في المراتب ونحوها.

أو كان ستاراً طبيعياً كقشر الباقلاء، ونافجة المسك، وسنبل الحنطة، وكالأرض تخفي المغروس فيها من الجزر ونحوه.

وإليك بيان ذلك :

## ١- الاستتار الصناعي:

قد توضع بعض المواد المعروضة للبيع في أغلفة تمنع رؤيتها في بعض الأحوال، وقد يطوى بعضها على بعض فيحول ذلك دون رؤية باطنها.

إذا كانت محتويات الأغلفة مقصودة بالبيع كالقطن في المرتبة واللحاف ونحوه. ولم تمكن رؤيته لم يجز بيعه في أرجح الأقوال عند الشافعية للجهالة به. وإن لم يكن ما في داخلها مقصوداً كالجبة المحشوة بالقطن ونحوه، ورأى الجبة دون ما في داخلها صح البيع لدخول ذلك تبعا، ويغتفر في التبعية ما لا يغتفر في الاستقلال.<sup>(١)</sup>

ويجيز الشافعية شراء المعلبات مع عدم رؤية ما فيها؛ لأن وجودها في العلب من مصلحتها، كما يجيزون شراء الفقاع، وهو شراب يتخذ من الزبيب ويوضع في الكيزان.

ومنع الحنفية شراء الحنطة في الكيس بلا رؤية ولا وصف ولا إشارة إليه، وإن كانت حاضرة في مجلس العقد لجهالة المبيع. وقال بعضهم بجواز ذلك.

(١) انظر: المجموع (٣٠١/٩).

وأوجب المالكية رؤية محتويات الأغلفة كالكسك في الصندوق والحنطة في الكيس ونحوها إلا إذا كان في فتحها ضرر<sup>(١)</sup>.

ولهذا المعنى أجازوا بيع البرنامج، كأن يكون لدى شخص ثياب موضوعة في أعدل فيكتب صفاتها في دفتر، وتشتري منه على تلك الأوصاف، فإن وجدها المشتري كما وصفت له في البرنامج لزم البيع، وإلا كان له خيار الوصف.

جاء في الشرح الكبير للدردير<sup>(٢)</sup>: «وإجاز بيع وشراء معتمداً فيه على الأوصاف المكتوبة في البرنامج بفتح الباء وكسر الميم، أي الدفتر المكتوب فيه أوصاف ما في العدل من الثياب المبعة على تلك الصفة للضرورة، فإن وجد على الصفة لزم وإلا خير المشتري»<sup>(٣)</sup>.

وجاء في حاشية الدسوقي عليه: «قوله للضرورة) أي لما في حل العدل من الحرج والمشقة على البائع من تلويثه ومؤنة شدة إن لم يرضه المشتري فأقيمت الصفة مقام الرؤية».

وأعطى الحنابلة حكم بيع الغائب لكل سلعة لا يشاهد المشتري منها ما يختلف الثمن لأجله.

وقد ذكرنا فيما تقدم أن لهم في بيع الغائب أقوالاً منها عدم جواز ذلك. ومنها ما يقضى بالجواز حالة وصف المبيع مع إعطاء المشتري خيار الرؤية.

(١) انظر: المجموع (٣٠١/٩)، وقارن: الفقه على المذاهب الأربعة (٢١٦/٢-٢٢٠).

(٢) (٢٤/٣).

(٣) انظر: أيضاً المدونة (٤٤/١٠-٤٥)، والحطاب (٢٩٣/٤-٢٩٨)، والصاوي (١١/٢).

جاء في الشرح الكبير لابن أبي عمر<sup>(١)</sup>: «فلو باع ثوباً مطوياً أو عيناً حاضرة لا يشاهد منها ما يختلف الثمن لأجله كان كبيع الغائب».

## ٢- الاستتار الطبيعي:

وقد يحول دون رؤية المبيع ستار طبيعي من أصل خلقته كقشرة الباقلاء وسنبل الحنطة. ونافجة المسك، أو من عوامل تكوينه الأخرى كالمغروس في الأرض من الجزر ونحوه - إذ الأرض - بطبيعة الحال - تخفي ما فيها من أصول النبات.

وقد تعارضت وجهات نظر الفقهاء في حكم هذه المسائل كما سنوضح ذلك فيما يلي:

### أ) استتار المبيع بقشرة الذات:

إذا حالت القشرة الذاتية للمبيع دون رؤية ما وراءها، امتنع بيعه عند الشافعية لموضع الجهالة في ذلك وعلى هذا فلا يصح بيع الباقلاء في قشرية؛ لأن الحب قد يكون كبيراً وقد يكون صغاراً، وقد تكون قشرة خالية، وربما كان فيها حب متغير.

وروى عن الإمام أنه رجع عن القول بالمنع.

كما نقل عنه أنه اشترى في أواخر حياته باقلاء أخضر، وقد أخذ بذلك بعض أصحابه، فذهب أبو سعيد الاصطخري إلى جواز بيع الباقلاء، لأنها تباع في جميع البلدان من غير نكير.

أما الحنطة في سنبلها فقد أجاز الشافعي بيعها في القديم ومنعه في الجديد.

(١) (٢٥/٤) بهامش المغني.

واختلفت الشافعية في بيع الطلع في قشره فأجازته أبو علي ابن أبي هريرة لأنه مستور بما يؤكل معه ، وقال أبو إسحاق لا يجوز ؛ لأن المقصود منه مستور بما لا يدخر فيه<sup>(١)</sup>.

كما اختلفوا في بيع نافجة المسك ، فأجازته بعضهم ؛ لأن في النافجة صلاحاً للمسك. ومنعه آخرون لجهالة القدر والصفة.

وذهب الأئمة الثلاثة مالك وأبو حنيفة وأحمد إلى جواز بيع الباقلاء الأخضر في قشرته ، والطلع قبل تشققه ، والحب في سنبله بعد اشتداده ، لاستتاره بمائل من أصل خلقتة ، ولأنه صلى الله عليه وسلم جعل اشتداد الحب غاية للمنع ، وما بعد الغاية يخالف ما قبلها<sup>(٢)</sup>.

جاء في رؤوس المسائل للهاشمي : «مسألة : يجوز بيع الحنطة في سنبلها وبه قال أكثرهم خلافاً للشافعي ، دليلنا ما روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السنبل حتى يبيض ؛ ولأن الحب في سنبله أشبه الشعير».

وجاء في المغني لابن قدامة<sup>(٣)</sup> : «(فصل) ويجوز بيع الجوز واللوز والباقلاء الأخضر في قشرته مقطوعاً وفي شجرة. وبيع الحب المشتد في سنبله. وبيع الطلع قبل تشققه مقطوعاً على وجه الأرض وفي شجره ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك ، وقال الشافعي : لا يجوز حتى ينزع عنه قشره الأعلى إلا في الطلع والسنبل في أحد القولين. واحتج بأنه مستور بما لا يدخر فيه ولا مصلحة فيه ظلم يجوز بيعه...».

(١) انظر : المهذب (١/٢٦٤).

(٢) انظر : شرح المنتهى (٢/١٤٨).

(٣) (٤/٢٠٨) ط المنار.

ولنا أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة، فمفهومه إباحة بيعه إذا بدأ صلاحه وبيض سنبله؛ ولأنه مستور بمائل من أصل خلقته فجاز بيعه كالرمان والبيض والقشر الأسفل. ولا يصح قولهم ليس من مصلحته؛ فإنه لا قوام له في شجره إلا به، والباقلاء يؤكل رطباً، وقشرته يحفظ رطوبته، ولأن الباقلاء يباع في أسواق المسلمين من غير نكير فكان ذلك إجماعاً.

(ب) استتار المبيع بالأرض:

إذا كان المقصود من المبيع مستوراً في الأرض كالجزر والفجل والبصل والثوم ونحوه لم يجوز بيعه قبل قلعه ومشاهدته؛ لأنه مجهول بحكم عدم رؤيته ولا وصفه.

وبهذا قال الأئمة الثلاثة أبو حنيفة والشافعي وأحمد وأهل الظاهر<sup>(١)</sup>.

غير أن الحنفية يعتبرون المستتر بالأرض معدوماً<sup>(٢)</sup>.

وذهب مالك والأوزاعي وإسحق إلى جواز بيعه إذا صلح للأكل؛ لأن الحاجة تدعو إلى ذلك.

ومنشأ الخلاف في هذه المسألة تفاوت وجهات نظر الفقهاء في كثرة الغرر الناشئ عن استتار المبيع بالأرض وقلته، فالشافعية والحنابلة اعتبروه غرراً فاحشاً فلم يميزوا البيع، وألحق الحنفية ذلك بالمعدوم فمنعوا بيعه أيضاً.

أما الإمام مالك والأوزاعي وإسحق فقد رأوا أنه لا يعدو أن يكون غرراً يسيراً لا يؤثر في صحة العقد مع قيام الحاجة فقالوا بجوازه.

(١) انظر: المحلى لابن حزم (٣٩٠/٨) ط منيرية.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين (١٤٠/٤).

وفي المذهب الحنبلي قول بصحة بيع المستتر بالأرض وقد أخذ به صاحب الفائق وغيره، ومال ابن حمدان إلى احتمال صحة البيع، وإعطاء المشتري الخيار بعد قلعه<sup>(١)</sup>. وخرّجه ابن عقيل على روايتي الغائب.

جاء في القواعد الفقهية لابن تيمية<sup>(٢)</sup>: «وقد خرج ابن عقيل وغيره فيها وجهين:

أحدهما: جواز بيع المغيبات بناء على إحدى الروايتين عنه في بيع ما لم يره، ولا شك أنه ظاهر فإن المنع إنما يكون على قولنا: لا يصح بيع ما لم يره، فإذا صححنا بيع الغائب فهذا من الغائب.

والثاني: لا يجوز بيعها مطلقاً كمذهب مالك إلحاقاً لها بلب الجوز».

وأجاز ابن قدامة بيع المستتر بالأرض إذا كان مما تقصد فروعه وأصوله كالبصل الأخضر والفجل، وكذا إذا كان المقصود فروعه، فإن كان معظم المقصود منه أصوله لم يجز بيعه؛ لأن الحكم للأغلب، وكذلك إذا تساوى إبقاء له على الأصل<sup>(٣)</sup>.

قال في الدر المختار<sup>(٤)</sup>: «ومنه بيع ما أصله غائب كجزر وفجل أو بعضه معدوم كورد وياسمين وورق فرصاد وجوزه مالك لتعامل الناس وبه أفتى بعض مشايخنا عملاً بالاستحسان».

(١) انظر: الإنصاف (٤/٣٠٢).

(٢) ص ١٨٠.

(٣) انظر: المغني (٤/٣٠٨) ط المنار.

(٤) (٤/١٤٠).

وجاء في حاشية ابن عابدين: «(قوله ومنه) أي من بيع المعدوم (قوله بيع ما أصله غائب) أي ما ينبت في باطن الأرض، وهذا إذا كان لم ينبت ولم يعلم وجوده وقت البيع، وإلا جاز بيعه كما يأتي قريباً».

وقال في الأم<sup>(١)</sup>: «كل ما كان من نبات الأرض بعضه مغيب فيها وبعضه ظاهر فأراد صاحبه بيعه لم يجز بيع شيء منه إلا الظاهر منه يجز مكانه، فأما المغيب فلا يجوز بيعه وذلك مثل الجزر والفجل والبصل وما أشبهه فيجوز أن يباع ورقه الظاهر مقطوعاً مكانه ولا يجوز أن يباع ما في داخله».

وقال في كشاف القناع<sup>(٢)</sup>: «ولا يصح بيع مستور في الأرض يظهر ورقه فقط كلفت وفجل وجزر وقلقاس وبصل وثمر ونحوه قبل قلعه ومشاهدته، للجهالة بما يراد منه، ويصح بيع ورقه أي ورقة الفجل ونحوه الظاهر المنتفع به لعدم المنافي».

وقال في بداية المجتهد<sup>(٣)</sup>: «وكاللفت والجزر والكرنب جائز عند مالك بيعه إذا بدا صلاحه وهو استحقاقه للأكل، ولم يجزه الشافعي إلا مقلوعاً؛ لأنه من باب بيع المغيب، ومن هذا الباب بيع الجوز واللوز والباقلاء في قشره أجازه مالك ومنعه الشافعي، والسبب في اختلافهم: هل هو من الغرر المؤثر في البيوع أم ليس من المؤثر، وذلك أنهم اتفقوا أن الغرر ينقسم لهذين القسمين، وأن غير المؤثر هو اليسير، أو الذي تدعو إليه الضرورة أو ما جمع الأمرين».

(١) (٥٧/٣).

(٢) (١٣٣/٣).

(٣) (١٥٦/٢).

رأي ابن تيمية وابن القيم:

ورجّح ابن تيمية وتلميذه العلامة ابن القيم جواز بيع المغيبات التي تظهر أوراقها كاللفت والجزر وما شابههما؛ لأن أهل الخبرة يستدلون بما يظهر من أوراق هذه النباتات على الجزء الكامن من أصولها في الأرض كما يستدل بظواهر العقار والحيوان على بواطنهما.

وبأن العلم بالمبيع يشترط في كل شيء بحسبه، ولا شك أن في معرفة ما خفي في الأرض من أصول المغيبات مشقة وحرَجًا فيكتفى بظاهره.

وبأن قيام الحاجة إلى بيع هذه الأشياء يستدعي التوسع فيها أكثر من غيرها. وأشار ابن تيمية إلى أن كلام الإمام أحمد يحتمل وجهين وذلك أن أبا داود قال: قلت لأحمد: بيع الجزر في الأرض قال: لا يجوز بيعه إلا ما قلع منه، هذا الغرر، شيء ليس يراه كيف يشتريه، فعَلَّ المنع بعدم الرؤية.

وعقب ابن تيمية على ذلك قائلاً: قد يقال: إن لم يره كله لم يبيع، وقد يقال: رؤية بعض المبيع تكفي إذا دلت على الباقي كرؤية وجه العبد<sup>(١)</sup>.

جاء في رسالة لابن تيمية<sup>(٢)</sup>: «وأما بيع المغروس في الأرض الذي يظهر ورقه كاللفت والجزر والقلقاس والفجل والثوم والبصل وشبه ذلك ففيه قولان للعلماء:

أحدهما: لا يجوز كما هو المشهور عند أصحاب الشافعي وأحمد وغيرهما، قالوا: لأن هذا أعيان غائبة لم تر ولم توصف فلا يجوز بيعها كغيرها من الأعيان الغائبة وذلك داخل في نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر.

(١) انظر: القواعد لابن تيمية ص ١٢٣. والاختيارات ص ٧٢ ط الكردي.

(٢) مخطوط بدار الكتب المصرية تحت رقم (١٠) فقه حنبلي (طلعت) الورقة ٥٧. وهو في مجموع



**والثاني:** أن بيع ذلك جائز كما يقوله من يقوله من أصحاب مالك وغيره وهو قول أحمد في مذهبه وغيره وهذا القول هو الصواب لوجوه: منها: أن هذا ليس من الغرر بل أهل الخبرة يستدلون بما يظهر من الورق على المغيب في الأرض كما يستدلون بما يظهر في العقار من ظواهره على بواطنه وكما يستدلون بما يظهر من الحيوان على بواطنه، ومن سأل أهل الخبرة أخبروه بذلك، والمرجع في ذلك إليهم.

**الثاني:** أن العلم في المبيع يشترط في كل شيء بحسبه فما ظهر بعضه وخفي بعضه وكان في إظهار باطنه مشقة وحرص اكتفى بظاهره كالعقار؛ فإنه لا يشترط رؤية أساسه ودواخل الحيوان وكذلك الحيوان، وكذلك أمثال ذلك.

**الثالث:** أن ما احتجتم إلى بيعه فإنه يوسع فيه ما لا يوسع في غيره فيبيحه الشارع للحاجة مع قيام الحاضر كما أُرخص في العرايا بخرصها وقام الخرص مقام الكيل عند الحاجة ولم يجعل ذلك من المزابنة).

وجاء في إعلام الموقعين<sup>(١)</sup>: «(المثال السابع والستون) اختلف الفقهاء في جواز بيع المغيبات في الأرض من البصل والثوم والجزر واللفت والفجل والقلقاس ونحوها على قولين:

**أحدهما:** المنع من بيعه كذلك لأنه مجهول غير مشاهد، والورق لا يدل على باطنه بخلاف ظاهر الصبره، وعند أصحاب هذا القول لا يباع حتى يقلع.

**والقول الثاني:** يجوز بيعه كذلك على ما جرت به عادة أصحاب الحقول، وهذا قول أهل المدينة وهو أحد الوجهين في مذهب الإمام أحمد، اختاره

(١) (٣/٤) الطبعة المنيرة.

شيخنا، وهو الصواب المقطوع به، فإن في المنع من بيع ذلك حتى يقلع أعظم الضرر والحرج والمشقة مع ما فيه من الفساد الذي لا تأتي به شريعة، فإنه إن قلعه كله في وقت واحد تعرض للتلف والفساد، وإن قيل كلما أردت بيع شيء منه فاقلعه كان فيه من الحرج والعسر ما هو معلوم، وإن قيل اتركه في الأرض حتى يفسد ولا تبعه فيها، فهذا لا تأتي به شريعة. وبالجملة فالفتون بهذا القول لو بلوا بذلك في حقولهم أو ما هو وقف عليها ونحو ذلك لم يمكنهم إلا بيعه في الأرض ولا بد، أو إتلافه وعدم الانتفاع به، وقول القائل أن هذا غرر ومجهول فهذا ليس حظ الفقيه ولا هو من شأنه، وإنما هذا من شأن أهل الخبرة بذلك فإن عدوه قماراً أو غرراً فهم أعلم بذلك وإنما حظ الفقيه يحل كذا لأن الله أباحه ويحرم كذا لأن الله حرمه وقال الله وقال رسوله وقال الصحابة، وأما أن يرى هذا خطراً وقماراً أو غرراً فليس من شأنه، بل أربابه أخبر بهذا منه، والمرجع إليهم فيه كما يرجع إليهم في كون هذا الوصف عيباً أم لا، وكون هذا البيع مربحاً أم لا، وكون هذه السلعة نافقة في وقت كذا وبلد كذا، ونحو ذلك من الأوصاف الحسية والأمور العرفية، فالفهاء بالنسبة إليهم فيها، مثلهم بالنسبة إلى ما في الأحكام الشرعية».

\*\*\*\*\*

## الفصل الثاني

### أنواع الجهالة في الفقه الإسلامي

الجهالة أنواع، منها:

جهالة الجنس كبيع شيء لا يعرف ما هو.

وجهالة القدر كبيع بعض صبرة يشير إليها.

وجهالة الوصف كبيع دار غير موصوفة ولا مرئية، وكبيع ما في كفه.

وجهالة الوجود كبيع الحمل في البطن واللبن في الضرع ونحوه.

وستتناول بالبحث كل نوع من هذه الأنواع فيما يلي:

#### المبحث الأول

#### جهالة الجنس

تعتبر جهالة الجنس فاحشة فلا يصح العقد معها<sup>(١)</sup>، ومن تطبيقاتها أن يشتري شيئاً لا يدري ما هو، أو يبيع دابة أو ثوباً ونحوه، لأن الدابة في الحقيقة اسم لكل ما يدب على وجه الأرض، فيدخل تحتها أجناس شتى من الخيل والبغال والإبل، وغيرها.

وكذلك لفظ الثوب يشمل على أجناس مختلفة من القطن والحريز والكتان والصوف وغيرها.

ومن تطبيقاتها أيضاً، بيع المنابذة، فقد فسر هذا البيع بأن يقول شخص لآخر: أي شيء نبذت إلي فقد اشتريته، أو أي ثوب نبذت إليك فقد بعته.

(١) ذكر الأستاذ علي الخفيف أن الجهالة الناشئة عن الجهل بجنس المحل تبطل العقد. انظر: مختصر

وعلى هذا التأويل تكون علة منع هذا البيع هي جهالة الجنس على أن لبيع المنابذة تأويلاً آخر، هو أن يقول: بعتك هذا الثوب على أنى متى نبذته إليك فقد وجب العقد ولا خيار لك<sup>(١)</sup>.

ومن تطبيقاتها أيضاً بيع الحصاة على أحد تأويلاته، وهو أن يقول: أي ثوب رميت عليه حصاة فقد بعته بمائة، فإن كان جنس المعقود عليه معلوماً فسبب منعه جهالة الوصف، كما لو قال: أي شاة وقعت عليها الحصاة فقد بعته بمائة، وبكذا، وبيع الحصاة تأويلات أخرى، منها أن يقول: بعتك هذا الثوب بمائة على أنى متى رميت عليك حصاة فقد انقطع خيار المجلس.

ومنها أن يقول: بعتك هذه الأرض من ههنا إلى حيث تنتهي إليه حصاة ترميها أو أرميها.

ومنها أن يجعل وقوع الحصاة من يده ملزماً للبيع دون عقد<sup>(٢)</sup> وقد كان العرب في جاهليتهم يتبايعون بالحصاة في سوق دومة الجندل<sup>(٣)</sup>.

وقد أبطل الإسلام هذه المبايعة لما تنطوي عليه من الغرر، روى مسلم عن أبي هريرة مرفوعاً نهى عن بيع الحصاة<sup>(٤)</sup>.

\* \* \*

(١) انظر: النظم المستعذب في شرح غريب المهذب لابن بطال الركني على هامش المهذب (٢٦٦/١).

(٢) انظر: المرجع السابق ص ٢٦٦ - ٢٦٧.

(٣) انظر: بلوغ الأرب للآلوسي (١/٢٦٤).

(٤) صحيح مسلم (١٥١٣).

## المبحث الثاني جهالة المقدار

يكاد الفقهاء يتفقون - من حيث المبدأ - على أن جهالة قدر المبيع تنافي صحة العقد سواء كان مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً أو ممسوحاً<sup>(١)</sup>.

ومن صور جهالة المقدار: أن يبيع بعض صبرة يشير إليها كأن يقول: بعثك بعض هذه الصبرة؛ لأن البعض مجهول لا يعرف مقداره لوقوعه على القليل والكثير.

ومنها: أن يبيع السمن مع ظرفه كل من بدرهم مثلاً مع عدم علمهما بقدر السمن وظرفه؛ لأن الظرف قد يكون خفيف الوزن وقد يكون ثقيلاً<sup>(٢)</sup>.

ومنها: بيع المغيبات في الأرض كالجزر ونحوه؛ لأن استتارها بالأرض يحول دون معرفة قدرها - وقد أشرنا فيما تقدم إلى اختلاف الفقهاء فيها -.

ومنها: أن يشير إلى ثوب ونحوه لبيعه إلا ذراعاً منه مع عدم علم المتعاقدين بمقدار الثوب؛ لأن استثناء الذراع ونحوه يصير الباقي مجهولاً.

وفي المذهب الحنبلي قول بجواز ذلك، قواه صاحب الإنصاف<sup>(٣)</sup>، وقد تضاربت نصوص الحنفية في جهالة قدر المبيع فذكر قاسم بن قطلوبغا أن المبيع في المثليات المختلفة الجنس يعرف بالإشارة لا بذكر القدر والصفة، إلا السلم فإنه يشترط فيه ذكر القدر والصفة<sup>(٤)</sup>.

واختلف شراح الكنز في تفسير العبارة الآتية: «ولا بد من معرفة قدر ووصف ثمن غير مشار».

(١) انظر: بداية المجتهد (١٥٧/٢).

(٢) انظر: المهذب (٢٦٥/١).

(٣) انظر: المهذب (٢٦٥/١)، والإنصاف (٣٠٤/٤).

(٤) نفيس المتجر بتحقيقنا.

فخصَّ معين الدين الهروى معرفة القدر بالثمن حيث يقول في معرض شرح عبارة الكنز المذكورة: «ولابد من معرفة قدر ووصف ثمن غير مشار أي: إذا كان الثمن غير مشار إليه لابد من معرفة قدره ووصفه»<sup>(١)</sup>.

وذكر العيني وابن نجيم أنه يشترط معرفة قدر المبيع إذا لم يشر إليه<sup>(٢)</sup>.  
وحقق الشرنبلالي أن المبيع إذا سمي جنسه لا يلزم بيان قدره، وإن لم يشر إليه أو إلى مكانه؛ لانتهاء الجهالة المنافية لصحة العقد بثبوت خيار الرؤية، حيث يكون للمشتري أن يرد المبيع إذا لم يوافق فلا يؤدي ذلك إلى نزاع بين المتعاقدين، وقد استدل على قوله هذا بمسائل صحح فقهاء الحنفية العقد فيها دون بيان القدر، مثل قولهم بجواز بيع جميع ما في هذا البيت أو الصندوق، وبيع الأرض إذا ذكرت حدودها، ونحو ذلك، وفسر قول صاحب الكنز (ولابد من معرفة قدر ووصف ثمن) بأن لفظ قدر إما أن يقرأ منوناً ويكون هذا التنوين بدلاً من المضاف إليه وهو الثمن.

وإما أن يترك التنوين على نية إضافته للثمن المذكور على حد قول بعض العرب: بعته بنصف وربع درهم، وقولهم: ما بين ذراعي وجبهة الأسد<sup>(٣)</sup>.

#### الجزاف:

بيع الجزاف: هو البيع بدون كيل ولا وزن ولا عدد.

وقال ابن عرفة: هو «بيع ما يمكن علم قدره؛ دونه»<sup>(٤)</sup>.

(١) ملا مسكين (٢/٢).

(٢) نفيس المتجر. بتحقيقنا.

(٣) انظر: نفيس المتجر بتحقيقنا، وحاشية ابن عابدين (٤/٢٨).

(٤) انظر: الرضاع ص ٢٤٠.

وقد أجاز الفقهاء البيع بهذا الأسلوب إذا اقترن العقد بالإشارة إلى المبيع؛ لأن الإشارة من أقوى أسباب التعريف، وجهالة قدر المبيع ووصفه لا تؤدي - بعد الإشارة إليه - إلى نزاع بين المتعاقدين<sup>(١)</sup>.

ومما يشبه الجراف بيع المكيلات والموزونات بإناء أو حجر بعينه لا يعرف قدره، إذا كان الإناء لا يحتمل الزيادة والنقصان كأنية الخزف والحديد والخشب ونحوها، وكان الحجر لا يتفتت<sup>(٢)</sup>، فقد أجاز الحنفية ذلك؛ لأن جهالته لا تفضي إلى النزاع. فإن كان الإناء ينقبض وينبسط كالزنبيل ونحوه، أو كان الحجر يتفتت، أو وقع البيع بوزن شيء يخف عند جفافه كالخيار والبطيخ ونحوه، لم يجوز إلا في قرب الماء، فقد روي عن أبي يوسف رحمه الله جواز البيع بها استحساناً لتعامل الناس في ذلك مع أنها تنقبض وتنبسط، وروي عن أبي حنيفة أنه لا يجوز ذلك للجهالة بقدر القربة.

قال الكمال بن الهمام: «لكن أطلق في المجرّد جوازه، ولا بد من اعتبار القرب المتعارفة مع غالب السقائين»<sup>(٣)</sup>.

ومنع المالكية البيع بزنة حجر أو صنجة مجهولة لعدم معرفة قدر المبيع<sup>(٤)</sup>. ويشترط أبو حنيفة وأبو يوسف لجواز الجراف تميز المبيع والإشارة إليه، فقد روى عنهما بأنهما لا يجيزان البيع بوزن حجر ولا بإناء لا يعرف مقدارها، لعدم تميز المبيع.

(١) انظر: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي (٤/٤-٥).

(٢) انظر: الزيلعي (٥/٤)، وانظر: فتح القدير (٨٦/٥) وما بعدها.

(٣) انظر: فتح القدير (٨٦/٥) وما بعدها.

(٤) انظر: الشرح الكبير للدردير (١٥/٣)، وحاشية الدسوقي عليه.

فإذا كاله أو وزنه بذلك الإناء أو الحجر، ورضي المشتري بذلك جاز البيع لصيرورة المبيع مميزاً مشاركاً إليه.

جاء في تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي<sup>(١)</sup>: «وعن أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجوز بوزن حجر ولا بإناء لا يعرف مقداره؛ لأن هذا جزاف، وشرط الجزاف أن يكون مميزاً مشاركاً إليه، ولو كاله به ورضي المشتري به جاز؛ لأنه صار مميزاً مشاركاً إليه».

وأجاز الحنابلة بيع الجزاف إذا استوى المتعاقدان في عدم معرفة مقدار المبيع اكتفاء برؤيته، كما أجازوا ذلك إذا استويا في معرفة مقداره، لعدم المانع مستدلين بحديث ابن عمر رضي الله عنهما: (كنا نشري الطعام من الركبان جزافاً، فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه)<sup>(٢)</sup>.

فإن علم البائع وحده بمقدار المبيع حرم البيع جزافاً لما روى الأوزاعي أن النبي ﷺ قال: (من عرف مبلغ شيء فلا يرمه جزافاً، حتى يعينه).

وقد جاء في مسائل الإمام أحمد برواية ابنه عبد الله<sup>(٣)</sup>: (حدثنا قال: سمعت أبي سئل رجل باع بيعاً مجازفة وهو يعلم كيله دون صاحبه قال: لا، حتى يستوى علمهما فيه).

وكذا الحكم فيما إذا علم المشتري بذلك وحده، والعقد صحيح في كلتا الحالتين، لأن المبيع معلوم بالمشاهدة غير أنه محرم لما ينطوي عليه من تغرير أحدهما بصاحبه.

(١) (٥/٤).

(٢) صحيح البخاري (٢١٣٧)، صحيح مسلم (١٥٢٧).

(٣) ص ٢٦٤.



وقال بعض متقدمي الشافعية بجواز بيع صبرة الطعام جزافاً لأنها تعرف بالمشاهدة، وتقدر بالرؤية.

جاء في الحاوي الكبير للماوردي<sup>(١)</sup>: «أما بيع الصبرة من الطعام جزافاً لا يعلم قدر كيلها فجائز؛ لأن الشيء قد يصير معلوماً بالصفة تارة، وبالمشاهدة تارة، وهذه الصبرة وإن لم يتقدر كيلها بالصفة فقد تقدرت حملها<sup>(٢)</sup> بالرؤية». وأشار بعض متأخريهم إلى أن بيع صبرة الطعام جزافاً مكروه؛ لأنه يوقع في الندم، إذ الغالب تراكم الصبر بعضها على بعض بخلاف المذروع كالثوب والأرض إذا كانا مجهولي الذرع فليس يبعه بمكروه<sup>(٣)</sup>.

جاء في حاشية ابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج<sup>(٤)</sup>: «قوله: نعم يكره بيع مجهول نحو الكيل جزافاً. عبارة الروض: وبيع الصبرة والشراء بها جزافاً مكروه، قال في شرحه: وخرج بالصبرة بيع الثوب والأرض مجهولي الذراع فلا يكره كما اقتضاه كلام المتولى، وقد يفرق بأن: الصبرة لا يعرف قدرها تخميناً غالباً لتراكم بعضها على بعض بخلاف الآخرين».

وذكر ابن قدامة في المغني أنّ الشافعي يميز بيع الصبرة جزافاً، ولم يشر إلى كراهية ذلك.

ويبدو أنه قد نقل هذا القول عن بعض متقدمي الشافعية كالماوردي أو غيره، وقد رأينا - في النص الذي نقلناه عن الماوردي - أنه لم يشر إلى كراهية بيع الصبرة من الطعام جزافاً.

(١) (٢/٦).

(٢) هكذا في الأصل ولعل الصواب: جملتها.

(٣) انظر: تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٤/٢٦٣) ط مصطفى محمد.

(٤) (٤/٢٦٣).

قال ابن قدامة: «(مسألة) قال: (ومن اشترى صبرة طعام لم يبيعها حتى ينقلها) هذه المسألة تدل على حكمين (إحدهما) إباحة بيع الصبرة جزافاً مع جهل البائع والمشتري بقدرها، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافاً، وقد نص عليه أحمد»<sup>(١)</sup>.

والظاهر أن صاحب المغني رحمته الله غير دقيق في كل ما ينقله عن المذاهب الأخرى، ولكننا لا نستطيع أن نجزم بذلك إلا بعد الرجوع إلى كتب تلك المذاهب، وقد رأينا في النص الذي نقلناه عنه أنفاً أنه عزا القول بجواز بيع الصبرة من الطعام جزافاً إلى الشافعي دون أن يشير إلى كراهيته، وقد يكون ذلك هو رأي الإمام ثم استقر الأمر في مذهبه على القول بالكراهية.. ويشترط المالكية لجواز بيع الجزاف شروطاً ثمانية:

١- أن يرى المتعاقدان المبيع رؤية بصرية وقت إبرام العقد أو قبله مع استمرار معرفتهما به إلى أوان العقد.

ولا يشترط حضور المبيع جزافاً، سواء كان زرعاً قائماً أو صبرة طعام أو غيرها. وهذا هو قول ابن حبيب، واختاره ابن رشد، وروى ابن القاسم عن مالك رحمه الله أنه يشترط في بيع الجزاف حضور المبيع وقت العقد باستثناء الزرع القائم والثمار في رؤوس الأشجار، فيغتفر فيهما عدم الحضور إذا سبقت رؤيتها<sup>(٢)</sup>.

٢- أن لا يكون المبيع قليلاً بحيث يسهل عده، ولا كثيراً جداً بحيث يتعذر حزره.

٣- أن يجهل المتعاقدان قدر المبيع كيلاً أو وزناً أو عدداً.

٤- أن يحزر المبيع بالفعل من أهل الحزر سواء حزره العاقدان أو من يوكلانه في ذلك.

(١) انظر: المغني (٤/٢٢٦) ط المنار.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٢٠).

٥- أن يعلم المتعاقدان، أو يظننا، أن الأرض التي وضع المبيع فوقها مستوية، فإذا تبين أنها كذلك لزم البيع، وإن كانت عالية فالخيار للمشتري، وإن كانت منخفضة فالخيار للبائع.

والشرط السادس والسابع يختصان بالمعدود، وهما:

٦- أن يكون في عده مشقة، بخلاف المكيل والموزون فإنهما يباعان جزافاً ولو لم يكن في الكيل والوزن مشقة.

٧- أن لا تقصد إفراده بالثمن مع كثرة التفاوت بينها كالثياب والدواب ونحوها، فإن قل التفاوت بينها كالبيض والتفاح والرمان ونحوه، جاز البيع جزافاً؛ لأن قصد الأفراد حينئذٍ غير مضر.

٨- أن لا يجتمع في عقد واحد جزاف مما أصله أن يباع بالكيل كالقمح ونحوه، مع ما يعرف مقداره، سواء كان أصله أن يباع كيلاً كالحب، إذ لا يجوز بيع هذه الصبرة التي لا يعرف مقدارها وهذه الصبرة المعروفة القدر.

أو كان أصله مما يباع جزافاً كالأرض فلا يجوز بيع هذه الصبرة المجهولة القدر ومائة ذراع من الأرض مثلاً بكذا؛ لخروج أحدهما عن الأصل في الصورة الأولى، وخروجهما عن الأصل معاً في الصورة الثانية؛ لأن الأصل بيع الصبرة كيلاً، وبيع الأرض جزافاً.

وأن لا يجتمع كذلك جزاف مما أصله أن يباع جزافاً كالأرض مع شيء معلوم القدر منها، كما لو باع هذه الأرض -وهو لا يعرف مقدارها- مع مائة ذراع من أرض أخرى لخروج أحدهما عن الأصل.

ويجوز أن يجتمع جزاف من أرض مع مكيل من حب لعدم خروج كل منهما عن أصله، كبيع هذه الصبرة المعلوم القدر وهذه الأرض المجهولة القدر بمائة، كما يجوز اجتماع جزافين في عقد واحد سواء كان أصلهما البيع جزافاً أو كيلاً أو أحدهما كيلاً والآخر جزافاً.

## المبحث الثالث

## جهالة الوصف

قلنا فيما تقدم أن الشافعي رحمه الله أجاز في قوله القديم بيع الغائب إذا علم جنسه ونوعه، كما لو باع شخص فرسه الأبيض مثلاً، ومنع جواز ذلك في القول الجديد؛ لأن عدم رؤية المبيع غرر، ويؤخذ من اعتبار عدم رؤية المبيع غرراً مؤثراً أن جهالة الوصف تنافي صحة العقد، بل ورد في نصوص الشافعية ما يؤكد هذا المعنى.

جاء في المهذب<sup>(١)</sup>: «(فصل) ولا يجوز بيع الحمل في البطن لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المجر- والمجر اشتراء ما في الأرحام؛ ولأنه قد يكون حملاً وقد يكون ريحاً، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز؛ ولأنه إن كان حملاً فهو مجهول القدر مجهول الصفة، فذلك غرر من غير حاجة فلم يجز».

ويشترط المالكية لجواز بيع الغائب على اللزوم أن يوصف بما يميزه عن غيره، وأن لا يكون بعيداً جداً، فإن لم يوصف جاز بيعه إذا اشترط المشتري لنفسه الخيار.

وعلى هذا فجهالة الوصف تنافي صحة العقد إذا كان باتاً، فإن اشترط المشتري لنفسه الخيار اغتفرت هذه الجهالة حينئذٍ.

وفي المذهب الحنبلي روايتان عن الإمام في هذه المسألة.

تقضي إحداهما بعدم صحة العقد عند جهالة الوصف ما لم تسبق رؤية المبيع، ومن أمثلة ذلك بيع المسك في وعائه الذي يكون فيه.

جاء في المغني<sup>(١)</sup>: «ولا يجوز بيع ما تجهل صفته كالمسك في الفأر - وهو الوعاء الذي يكون فيه - قال الشاعر:

إذا التاجر الهندي جاء بفأرة من المسك راحت في مفارقهم تغلي  
فإن فتح وشاهد ما فيه جاز بيعه، وإن لم يشاهده لم يجز بيعه للجهالة، وقد قال بعض الشافعية: يجوز؛ لأن بقاءه في فأره مصلحة له فإنه يحفظ رطوبته وذكاء رائحته فأشبه ما مأكوله في جوفه، ولنا أنه يبقى خارج وعائه من غير ضرر وتبقى رائحته فلم يجز بيعه مستوراً كالدر في الصدف، وأما ما مأكوله في جوفه فأخراجه يفضي إلى تلفه والتفصيل في بيعه صح وعائه كالتفصيل في بيع السمن في ظرفه، ومن ذلك البيض في الدجاج، والنوى في التمر لا يجوز بيعها للجهل بهما».

أما الرواية الثانية فتغتفر جهالة الوصف إذا أعطى المشتري خيار الرؤية. وقد تصادمت نصوص الحنفية في هذه المسألة فأجازت طائفة منهم البيع بلا وصف، على اعتبار أن الجهالة ترتفع بخيار الرؤية، واشترطت طائفة أخرى معرفة الصفة لجواز بيع العين الغائبة، كصاحب البرهان وابن عبد الملك والعلامة المقدسي وغيرهم<sup>(٢)</sup>.

(١) (٢٧٦/٤).

(٢) وقد عثرنا أثناء قيامنا بإعداد هذا البحث على رسالة لطيفة للعلامة الشرنبلالي اسمها "نقيس المتجر" تتعلق بجهالة القدر والوصف في المذهب الحنفي فحققناها على نسختين بمكتبة الأزهر إحداهما برقم (١٦٤٠) والثانية برقم (١٢٧٣). ورأيت أنه من الخير أن ندمجها في رسالتنا هذه - إكمالاً للفائدة - وقد ألحقت بآخر الكتاب.

## بيع الملامسة،

من المبيعات المحرمة بيع الملامسة، وله تأويلات ثلاثة:

أحدها: أن يبيع شيئاً في الظلام دون أن يشاهده وإنما يلمسه بيده.

الثاني: أن يبيعه الثوب ونحوه على أنه متى لمسه فقد وجب البيع.

الثالث: أن يطرح الثوب على المبتاع فيلمسه، فإذا لمسه فقد عقد الشراء<sup>(١)</sup>.

ويمكن القول أن علة منع بيع الملامسة -على التفسير الأول- هي جهالة

الوصف.

\*\*\*

## المبحث الرابع

## جهالة الوجود

إذا كان المعقود عليه مجهول الوجود وقت التعاقد، كالحمل في البطن واللبن في ضرع البهيمة بطل العقد؛ لاحتمال كون ما في البطن ریحاً لا حملاً، وكون ما في الضرع شحمًا أو دمًا أو انتفاخًا لا لبنًا.

ولمنع بيع الحمل علة أخرى هي عدم القدرة على تسليمه<sup>(٢)</sup>، كما أن لمنع بيع اللبن في الضرع سبباً آخر هو أن اللبن في الضرع ليس مالمًا متقومًا قبل حلبه، بل هو بمنزلة الصفة في الحيوان، وأوصاف الحيوان لا تقبل البيع كاليد والرجل، وأنه يزداد ساعة بعد أخرى والبيع لا يتناول تلك الزيادة فيختلط المبيع منه بما ليس بمبيع على نحو يتعذر تمييزه، مما يؤدي إلى وقوع النزاع بين المتعاقدين؛ لأن المشتري يتشدد في الحلب، والبائع يطالبه بترك ذلك<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر: النظم المستعذب في شرح غريب المهذب لابن بطال الركبى على هامش المهذب

(٢٦٦/١).

(٢) انظر: المغني (٢٧٦/٤) ط المنار.

(٣) انظر: المبسوط السرخسي (١٢/١٩٤).

وقد اطلعنا على بحث للدكتور السنهوري أجاز فيه طائفة من المسائل المحرمة، إذا بيعت بسعر الوحدة كاللبن في الضرع والحمل في بطن الحيوان<sup>(١)</sup>. ولا نسلم له بذلك لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ: (نهى عن المجر)<sup>(٢)</sup>، وهو بيع الحمل الظاهر في بطن أمه. ولما روى سعيد بن المسيب عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ: (نهى عن بيع المضامين والملاقيح)<sup>(٣)</sup>.

قال أبو عبيد: «الملاقيح ما في البطون وهي الأجنة، والمضامين ما في أصلاب الفحول، وقيل: على عكس ذلك: المضامين ما تتضمنه الأرحام، والملاقيح ما تتضمنه الأصلاب»<sup>(٤)</sup>.

ولما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: (لا تبيعوا الصوف على ظهر الغنم ولا تبيعوا اللبن في الضرع)<sup>(٥)</sup>.

ولما حكى ابن المنذر من إجماع أهل العلم على أن بيع الملاقيح والمضامين غير جائز<sup>(٦)</sup>؛ ولأن علة المنع - وهي الغرر - متوفرة في بيع هذه الأشياء بسعر الوحدة ونحوها.

(١) انظر: مصادر الحق (٣/٥٦-٥٧).

(٢) السنن الكبرى للبيهقي (٥/٣٤١)؛ مسند البزار قال في مجمع الزوائد: فيه موسى بن عبيدة وهو ضعيف، وقد تابعه الأسلمي كما في مصنف عبد الرزاق (١٤٤٤٠) قال في تلخيص الحبير: الأسلمي أضعف من موسى عند الجمهور.

(٣) رواه البزار (الزوائد ١٢٦٧) قال ابن حجر في بلوغ المرام: في إسناده ضعف، وروي مرسلًا عن سعيد بن المسيب، قال الدارقطني وهو الصواب.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي (١٢/١٩٤).

(٥) رواه الطبراني في الأوسط (٣٧٠٨)، والدارقطني (٣/١٤)، والبيهقي (٥/٣٤٠) واختلف في وقفه ورفعها ورجح البيهقي الوقف، وقواه الحافظ ابن حجر.

(٦) انظر: الإجماع ص ١٢٩.

## الفصل الثالث جهالة الثمن

### المبحث الأول

#### جهالة الثمن في الفقه الإسلامي

البيع والمقايضة في الفقه الإسلامي بمعنى واحد، فقد يكون الثمن في عقد البيع من النقود، وقد يكون من غيرها كالطعام ونحوه.

لكن يجب أن يكون المتعاقدان على علم بالثمن وقت التعاقد، سواء علماه بمقتضى وصفه، أو برؤيته قبل العقد بمدة لا يطرأ عليه خلالها تغير، أو كان له عرف يرجع إليه عند اختلاف المتعاقدين، كما لو كان نفقة تجب على البائع لنفسه أو زوجته أو ولده أو رقيقه أو أمته في مدة معلومة كيوم أو شهر أو سنة. إذ يصح أن تكون هذه النفقة ثمنًا؛ لأن لها عرفًا يرجعان إليه عند اختلافهما بخلاف نفقة الدابة.<sup>(١)</sup>

ويشترط المالكية لجواز جعل النفقة ثمنًا وقوع البيع على شرط رجوع الباقي منها إلى الوارث أو إلى بيت المال إذا مات البائع قبل تمامها، فإن اتفقا على أن ما يبقى منها بعد موته يكون هبة للمشتري لم يجز.<sup>(٢)</sup>

ومنعوا البيع بالنفقة على البائع مدى حياته لجهالة ذلك<sup>(٣)</sup>.

ولا يجوز البيع بثمن مجهول القدر كبيع الشيء بقيمته، أو برقمه المكتوب عليه، أو برأس ماله، أو بحكم المشتري أو بحكم فلان، أو بمائة درهم إلا

(١) انظر: شرح المنتهى (١٥١/٢).

(٢) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٥٧/٣).

(٣) انظر: الشرح الكبير للدردير (٥٧/٣).



ديناراً، أو بدينار إلا درهماً، أو بما اشترى به فلان والمتعاقدان لا يعرفان ذلك، أو بربح كذا في المائة مع عدم معرفة المشتري برأس المال. فإن علم بذلك في مجلس العقد ورضي به جاز البيع، وإن لم يعلم إلا بعد افتراقهما تقرر الفساد<sup>(١)</sup>.

واختلفوا في البيع بمائة ذهباً وفضة فمنعه الشافعية والحنابلة لجهالة مقدار كل منهما، وقال أبو حنيفة بصحة ذلك، ويكون نصف الثمن ذهباً ونصفه الآخر فضة؛ لأن الإطلاق يقتضي التسوية<sup>(٢)</sup>.

وأجاز الحنفية بيع الأشياء التي لا تتفاوت كالخبز واللحم بمثل ما يبيع الناس، ومنعوا ذلك فيما يتفاوت<sup>(٣)</sup>.

ومنع المالكية البيع على حكم أحد العاقدين أو رضاه بإلزام غير من له الحكم أو الرضا منهما، كما منعوا بيع السلعة بقيمتها التي ستظهر في السوق، أو التي يقولها أهل الخبرة، ويبيعها على حكم غير المتعاقدين أو رضاه إذا كان البيع باتاً، فإن كان على الخيار صح ذلك<sup>(٤)</sup>.

وفي المذهب الحنبلي رواية بجواز بيع السلعة برقمها، وبما ينقطع به السعر، وبما باع به فلان. وقد اختار ذلك شيخ الإسلام ابن تيمية<sup>(٥)</sup> بل ذهب إلى أكثر من هذا، فأجاز البيع بدون تسمية الثمن، للرجوع فيه إلى ثمن المثل كالنكاح

(١) انظر: البدائع (١٥٨/٥)، وفتح القدير (٨٣/٥)، وحاشية ابن عابدين (٢٨/٤، ٣٩).

(٢) انظر: الشرح الكبير على هامش المغني (٣٣/٤) ط المنار، والمهذب (٢٦٦/١).

(٣) انظر: فتح القدير (٨٣/٥).

(٤) انظر: الشرح الكبير للدردير (٥٥-٥٦/٣)، وحاشية الدسوقي عليه (٥٦/٣).

(٥) انظر: الإنصاف (٣١٠/٤)، والاختيارات لابن تيمية ص ٧٢ ط الكردي.

والإجارة ودخول الحمام، ودفع الثوب إلى القصار والغسال، واللحم إلى الطباخ ونظائره.

وذكر طائفة من الحنابلة كأبي الخطاب وابن الزاغوني أن البيع بدون تسمية العوض باطل<sup>(١)</sup>.

وتكفي مشاهدة الثمن لصحة العقد مع عدم معرفة مقداره، إذ يجوز أن يكون جزافاً في بيع الأعيان سواء كان صبرة طعام ونحوه أو صبرة ذهب أو فضة للزوم البيع بنفس العقد وعدم الحاجة إلى الرجوع للثمن<sup>(٢)</sup>.

كما يصح تقديره بوزن صنجة وبملاء كيل مجهولين عرفاً، اكتفاء بمشاهدتهما، كأن يبيع بوزن هذا الحجر ذهباً، أو بملاء هذا الوعاء فضة<sup>(٣)</sup>.

وإن كان الثمن غير مشار إليه ولم تسبق رؤيته، فلا بد من معرفة قدره ووصفه؛ لأن جهالتهما تؤدي إلى النزاع، وتحول دون تسليم وتسليم العقود عليه، فلا يكون للعقد فائدة حينئذ<sup>(٤)</sup>.

جاء في متن الكنز: «ولا بد من معرفة قدر ووصف ثمن غير مشار».

وجاء في المهذب<sup>(٥)</sup>: «ولا يجوز البيع إلا بثمن معلوم الصفة... ولا يجوز إلا بثمن معلوم القدر».

(١) انظر: بدائع الفوائد لابن القيم (٤/٥٠-٥١) ط المنيرية، وقد أشرنا فيما سبق إلى أن الفساد والبطلان مترادفان عند الشافعية والحنابلة.

(٢) انظر: كفاية المغني لابن عقيل الورقة (١٠) ص ٢ مخطوط بدار الكتب المصرية تحت رقم ١٣ فقه حنبلي.

(٣) انظر: شرح المنتهى (٢/١٥١).

(٤) انظر: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي (٤/٤-٥).

(٥) (١/٢٦٦).

وجاء في شرح المنتهى<sup>(١)</sup>: «الشرط السابع: معرفتها أي المتعاقدين الثمن حال عقد البيع ولو برؤية بزمن لا يتغيّر فيه أو وصف كما تقدم في البيع؛ لأنه أحد العوضين فاشترط العلم به كالمبيع».

فإن باع سلعة بنقد مطلق عن ذكر الصفة في بلد تتعدد فيه العملات، انصرف إلى النقد الغالب فيه؛ لأنّ هذا هو المتعارف بين الناس.

وإذا اختلفت مالية النقود وتساوي رواجها، ولم يعين أحدها في العقد لم يصح؛ لما في ذلك من جهالة فاحشة تؤدي إلى النزاع، بحكم اختلاف رغبات المتعاقدين، إذ المشتري يريد أن يدفع انقصها مالية، بينما يريد البائع أن يأخذ أعلاها، فإن ارتفعت هذه الجهالة ببيان إحدى العملات في مجلس العقد ورضاء المتعاقدين الآخر بها صح، لارتفاع المفسد.

ويصح العقد عند اختلاف النقود في المالية والرواج، ويصرف إلى الأرواح عملاً بالعرف.

كما يصح أيضاً عند تساويها في المالية والرواج معاً. ويؤدي المدين من أيها شاء حيث لا فضل لأحدها على الآخر، ويعتبر امتناع البائع عن أخذ ذلك من المشتري تعتلاً لا مبرر له. وللحنابلة في هذه المسألة وجهان:

أحدهما: عدم صحة البيع بالنقد المطلق عن الوصف في البلاد التي تتعدد فيها العملات، وإن كان فيها نقد غالب.

والوجه الثاني: أن البيع بالنقد المطلق جائز، وينصرف إلى غالب نقد البلد، وهذا هو المذهب: قال صاحب الإنصاف: «وهو ظاهر ما جزم به في المحرر

والمنور والفائق والحاويين والوجيز وغيرهم، قال في الفروع وهو الأصح، وهو ظاهر كلام ابن عبدوس في تذكرته<sup>(١)</sup>.

أما إذا لم يكن في البلد نقد غالب فلا يصح البيع بالثمن المطلق في الصحيح من المذهب، وهناك رواية تقضي بصحة ذلك وعلى هذا يكون له الوسط، وروى عن الإمام أنه يعطي الأدنى.

جاء في فتح القدير<sup>(٢)</sup>: «ومن أطلق الثمن في البيع، أي أطلقه عن ذكر الصفة بعد ذكر العدد، بأن قال عشرة دراهم مثلاً انصرف إلى غالب نقد البلد لأنه هو المتعارف فينصرف المطلق إليه... فإن كانت النقود مختلفة المالية، كالذهب الأشرفي والناصرى بمصر، لكنها في الرواج سواء، فالبيع فاسد لعدم إمكان الصرف إلى أحدها بعينه دون الآخر، لما فيه من التحكم عند التساوي في الرواج وإذا لم يمكن الصرف إلى أحدها والحالة أنها متفاوتة المالية، جاءت الجهالة المفضية إلى المنازعة لأن المشتري يريد دفع الأنقص مالية والبائع يريد دفع الأعلى فيفسد البيع، إلا أن ترتفع الجهالة ببيان أحدهما في المجلس ويرضى الآخر لارتفاع المفسد قبل تقررهِ، وإن كانت مختلفة المالية والرواج معاً، فالبيع صحيح ويصرف إلى الأروج للوجه الذي تقدم من وجوب العمل بالعرف والعادة. وكذا إذا كانت متساوية المالية والرواج، يصح البيع، ويؤدي من أيها شاء؛ لأنه لا فضل لأحدها فلو طلب البائع أحدها بعينه كان للمشتري أن يعطيه من الصنف الآخر؛ لأن الامتناع عن قبض ما أعطاه المشتري مع أنه لا فضل للآخر عليه ليس فيه إلا التعنت».

(١) انظر: الإنصاف (٤/٣١١).

(٢) (٥/٨٤-٨٥).

وجاء في الإنصاف<sup>(١)</sup>: وقوله «أو بدينار مطلق، وفي البلد نقود لم يصح» إذا باعه بدينار مطلق، وفي البلد نقود فلا يخلو، إما أن يكون فيها نقد غالب أو لا. فإن كان فيها نقد غالب فظاهر كلام المصنف أن البيع لا يصح به إذا أطلق، وهو أحد الوجهين وهو ظاهر ما جزم به الشارح، وقدمه في الفروع.

**والوجه الثاني: يصح، وينصرف إليه، وهو الذهب، وهو ظاهر ما جزم به في المحرر والمنور والفائق والحاويين والوجيز وغيرهم.**

قال في الفروع: «وهو الأصح، وهو ظاهر كلام ابن عبدوس في تذكرته، وإن لم يكن في البلد نقد غالب فالصحيح من المذهب: أنه لا يصح كما جزم به المصنف هنا، وجزم به في المغني والشرح والمحرر والمنور والفائق والوجيز والحاويين والرعاية الصغرى وغيرهم وقدمه في الفروع، وعنه يصح.

فعلى هذه الرواية: يكون له الوسط على الصحيح. وعنه: الأدنى قال في الرعاية: وقيل: إذا اختلفت النقود: فله أقلها قيمة».

\* \* \* \* \*



## الباب الثاني الجهالة في العقود المشابهة للبيع

وفيه فصلان:

الفصل الأول: الإجارة.

الفصل الثاني: الصلح.





## الفصل الأول

### الإجارة

الإجارة عقد معاوضة كالبيع فلا تصح إلا بعوض معلوم، لما روى أبو سعيد الخدري رضي عنه أن النبي صلوات الله عليه قال: (من استأجر أجيراً فليعلمه أجره) <sup>(١)</sup>.

ويجب تعيين العين المستأجرة فلا يصح إيجار أحد هذين المنزلين بلا تعيين ولا تخيير، ولا استئجار أحد هذين العاملين كذلك.

كما يجب معرفة المنفعة؛ لأن جهالتها تؤدي إلى النزاع، وتختلف معرفة المنفعة باختلاف العقود عليه، فمنفعة الدور تعرف بذكر المدة، وبيان ما تشغل به، ومنفعة الحيوان تتعين بذكر ما يستأجر له من الركوب أو التحميل، وتعيين نوع الحمولة وشخص الراكب - ويرى الإمام مالك أن الراكب لا يحتاج أن يوصف - <sup>(٢)</sup>.

ومنفعة الأجير المشترك كالصباغ والراعي ونحوهما تتحدد ببيان المدة وتسمية العمل، ومنفعة الأرض تتعين ببيان ما تستأجر له مع ذكر المدة، وبيان ما يزرع فيها أو تعميمه، وهكذا.

وجماع ذلك كله أن تنتفي الجهالة الفاحشة المؤدية إلى النزاع وحينئذ تصح الإجارة.

وهناك مسائل اختلفت فيها وجهات نظر الفقهاء فمنعها بعضهم على اعتبار أنها مجهولة، ورأى فريق آخر أنها غير مجهولة فأجازها، وذلك كاستئجار الظئر بطعامها وكسوتها، فقد أجازها مالك. ومنعه الشافعي، كما أجازها أبو حنيفة

(١) رواه عبدالرزاق (١٥٠٢٣) وفيه انقطاع، ووصله البيهقي (١٢٠/٦)، ورواه أحمد (٣١٣/١).

(٢) انظر: بداية المجتهد (٢٢٥/٢).

استحساناً؛ لأن الجهالة في هذا الموضع لا تؤدي إلى النزاع، فقد جرت العادة بالتوسعة على الأظار، شفقة على المسترضع، وذهب أبو يوسف ومحمد إلى منعها للجهالة، وهذا هو مقتضى القياس عند الأحناف.

وكذلك استجار الأجير بطعامه وكسوته فقد منعه الشافعي وأبو حنيفة، وأجازته الإمام مالك.<sup>(١)</sup>

واختلفوا - بالنسبة للمنفعة التي ليس لها أمد معروف كسكنى الدار ونحوها - في الإجارة إذا لم يحدد ابتداء المدة التي تستوفي المنفعة فيها، أو حددت ولم تكن عقب العقد، كما لو قال: استأجرت منك هذه الدار سنة أو شهراً، ولم يذكر متى تبتدئ، فذهب مالك إلى الجواز، معتبراً أن المدة تبدأ بالزمن الذي يبرم فيه العقد، ورأى الشافعي أن الإجارة على هذا النحو غرر فمنعها.

قال في بداية المجتهد<sup>(٢)</sup>: «اتفق مالك والشافعي على أنهما إذا ضربا للمنفعة التي ليس لها غاية أمداً من الزمان محدوداً، وحددوا أيضاً أول ذلك الأمد وكان أوله عقب العقد أن ذلك جائز، واختلفوا إذا لم يحددوا الزمان أو أول حدوده ولم يكن عقب العقد فقال مالك: يجوز إذا حدد الزمان ولم يحدد أوله، مثل أن يقول له: استأجرت منك هذه الدار سنة بكذا أو شهراً بكذا، ولا يذكر أول ذلك الشهر ولا أول تلك السنة، وقال الشافعي: لا يجوز. ويكون أول الوقت عند مالك وقت عقد الإجارة، فمنعه الشافعي؛ لأنه غرر، وأجازته مالك؛ لأنه معلوم بالعادة».

(١) انظر: مجمع الأنهر (٢/٣٨٦)، وبداية المجتهد (٢/٢٢٥).

(٢) (٢/٢٢٤).

كما اختلف مالك والشافعي فيما إذا حدد القدر الذي يجب لأقل المدة ولم تحدد المدة كلها كأن يقول المستأجر: أكثرني منك هذه الدار الشهر بكذا، دون أن يضربا لذلك أجلاً معلوماً فمنعه الشافعي؛ لأنه غرر من وجهة نظره، وأجازته مالك قياساً على جواز البيع من هذه الصبرة بحساب القفيز بدرهم<sup>(١)</sup>.

ومن أسباب جهالة العقود عليه: الجمع بين تقدير المدة والعمل، كأن يستأجر خبازاً ليخبز له اليوم قفيزاً بدرهم، لما في ذلك من ذكر أمرين يحتمل أن يكون كل واحد منهما معقوداً عليه العمل والزمن، وليس لأحدهما رجحان على الآخر مما يؤدي إلى النزاع؛ لأن العقد إذا كان على العمل رجحت كفة المستأجر بحكم أنه لا يؤدي الأجر إلى المؤجر إلا بعد تمامه.

وإذا كان على الزمن فذلك في صالح الأجير، لاستحقاقه الأجر يمضي المدة عمل أو لم يعمل.

وذهب أبو يوسف ومحمد إلى جواز هذه الإجارة وأن العقد يكون على العمل دون الزمن، فإذا أتمه في منتصف النهار كان له الأجر كاملاً، وإن لم يتمه في ذلك اليوم فعليه أن يعمل في الغد.

وإن كانت صيغة العقد لا تقتضي الاستغراق كما لو قال: استأجرتك لعمل كذا في اليوم - بكلمة في - صح اتفاقاً، لأن كلمة (في) للظرفية لا لتقدير الزمن، فكان المعقود عليه هو العمل وهو معلوم<sup>(٢)</sup>.

\*\*\*\*\*

(١) انظر: بداية المجتهد (٢/٢٢٤).

(٢) انظر: مجمع الأنهر (٢/٢٨٨).

## الفصل الثاني

### الصلح

يشترط الحنفية لصحة عقد الصلح أن يكون المصالح والمصالح عنه معلومين إذا كانا يحتاجان إلى القبض والتسليم، فإن لم يكونا محتاجين لذلك صح الصلح مع الجهالة؛ لأنه حينئذ يكون إسقاطاً، وجهالة الساقط لا تؤدي إلى النزاع<sup>(١)</sup>.

ويفرق الحنابلة - في معرض بحث الصلح عن المجهول - بين ما تتعذر معرفته، وبين ما يتمكن المتعاقد من العلم به، فيجيزون الصلح عن المجهول إذا لم يكن ثمت سبيل إلى معرفته، سواء كان دينا كمن بينهما معاملة أو حساب منذ زمن طويل، أو كان عيناً كما لو اختلط قفيز حنطة بقفيز شعير وطحنا. وسواء جهله العاقدان معاً أو جهله المدين وحده.

أما إذا علمه الذي هو عليه، وجهله صاحبه فلا يصح الصلح.

ويستدلون لذلك بما رواه أحمد وأبو داود أن رجلين اختصما في مواريث درست بينهما فقال عليه الصلاة والسلام: "استهما وتواخيا الحق وليحلل أحدكما صاحبه"<sup>(٢)</sup>.

ويتخذون من جواز الصلح عن الأموال المعلومة مبرراً للقول بصحة المصالحة عن المجهول؛ لأن المتخاصمين في الأموال المعلومة لا يعدمون وسيلة إلى إبراء ذمهم بدونه؛ لإمكان أداء الحق بعينه فيتسنى لأحدهم من حق صاحبه.

(١) انظر: المادة (١٥٤٧) من مجلة الأحكام العدلية، ومجمع الأنهر (٢/٣١١).

(٢) انظر: شرح المنتهى (٢/٢٦٣). والحديث في سنن أبي داود (٢/٢٧١)، والمسند (٦/٣٢٠).

أما المتنازعون في الأموال المجهولة فلا معدي لهم عن الصلح، إذ هو الوسيلة الوحيدة التي يستطيعون بمقتضاها أن يبرثوا ذممهم، فإذا لم يجز الصلح عن المجهول أدى ذلك إلى ضياع الأموال، وبقاء الذمم مشغولة بحقوق الغير. كما يعللون أيضاً لجواز الصلح عن المجهول بأنه إسقاط للحق والجهالة مغتفرة في الإسقاطات كالعقود والطلاق.

قال في المغني<sup>(١)</sup>: «ويصح الصلح عن المجهول سواء كان عيناً أو ديناً إذا كان مما لا سبيل إلى معرفته..... لأنه إسقاط حق فصح في المجهول كالعقود والطلاق؛ ولأنه إذا صح الصلح مع العلم وإمكان أداء الحق بعينه فلا بد أن يصح مع الجهل أولى، وذلك أنه إذا كان معلوماً فلهما طريق إلى التخلص وبرائة أحدهما من صاحبه بدونه، ومع الجهل لا يمكن ذلك فلو لم يجز الصلح أفضى إلى ضياع الأموال على تقدير أن يكون بينهما مال لا يعرف كل واحد منهما قدر حقه منه...».

أما بدل الصلح فإن احتيج إلى تسليمه فلا بد من أن يكون معلوماً؛ لأن جهالته تحول دون ذلك وتؤدي إلى وقوع النزاع، وإن لم يحتج إلى تسليمه، وتعذرت معرفته كالحقول القديمة، والموارث الدارسة، والأموال التي لا يعرف أي واحد من المتنازعين قدر حقه منها؛ صح الصلح بالرغم من جهالة العوض في هذه الحالة.

قال في المغني<sup>(٢)</sup>: «إن كان العوض في الصلح مما لا يحتاج إلى تسليمه ولا سبيل إلى معرفته كالمختصمين في موارث دارسة وحقوق سألقة أو في أرض أو

(١) (٥/٢٤-٢٥).

(٢) (٥/٢٦).

عين من المال لا يعلم كل واحد منهما قدر حقه منها صح الصلح مع الجهالة من الجانبين لما ذكرناه من الخبر والمعنى، وإن كان مما يحتاج إلى تسليمه لم يجز مع الجهالة، ولا بد من كونه معلوماً؛ لأن تسليمه واجب، والجهالة تمنع التسليم وتفضي إلى التنازع فلا يحصل مقصود الصلح».

**إمكان معرفة المصالح عنه؛**

إذا أمكنت معرفة المصالح عنه كما لو أراد الورثة أن يصلحوا أحدهم عن حصته عن تركة موجودة مع الجهالة بها. فظاهر نصوص الإمام أحمد عدم صحة الصلح.

قال في المغني<sup>(١)</sup>: «قال أحمد: إن صولحت امرأة من ثمنها لم يصح واحتج بقول شريح: أيما امرأة صولحت من ثمنها لم يبين لها ما ترك زوجها فهي الربية كلها. قال: وإن ورث قوم مالاً ودوراً وغير ذلك فقالوا لبعضهم: نخرجك من الميراث بألف درهم أكره ذلك».

ومع هذا فقد اختلف الحنابلة في هذه المسألة فقال بعضهم بعدم صحة الصلح كابن قدامة والمجد وابن قاضي الجبل وغيرهم.

قال في الإنصاف<sup>(٢)</sup>: «تنبيه: مفهوم كلامه: أنه إذا أمكن معرفة المجهول لا يصح الصلح عنه وهو صحيح جزم به في المغني والكافي والشرح والمحرر والفائق وغيرهم لعدم الحاجة كالبيع».

وقال آخرون بصحة الصلح عن الديون المجهولة التي تمكن معرفتها بخلاف الأعيان، وذلك أنهم شبهوا الصلح في هذه الحالة بالإبراء من الدين المجهول

(١) (٢٦/٥).

(٢) (٢٤٢/٥).

فقالوا: «فإن لم يتعذر علم المجهول.. فكبراءة من مجهول<sup>(١)</sup>» والإبراء يصح في الدين فقط بخلاف الأعيان فلا تصح البراءة منها بحال؛ لأنها لا تقبل الإبراء<sup>(٢)</sup> كما يقول البعلي.

ويؤيد ذلك ما جاء في غاية المنتهى<sup>(٣)</sup>: «فإن لم يتعذر فكبراءة من مجهول تصح في الدين - على ما يأتي في الهبة».

ويقول في كتاب الهبة من الكتاب المذكور<sup>(٤)</sup>: «ومن أبرأ من دينه أو وهبه لمدينه، أو أحله منه أو أسقطه عنه أو تركه أو ملكه له أو تصدق به عليه (ويتجه) صدقه تطوع، أو عفا عنه: صح. ولو قبل حلوله أو رد أو جهل قدره أو اعتقد عدمه لا إن علمه مدين فقط وكتمه خوفاً من أنه إن علمه لم يبرئه<sup>(٥)</sup>...».

وذكر الشيخ مرعي بن يوسف في الغاية أن العين إذا كانت في يد المبرأ تصح البراءة منها كالدين<sup>(٦)</sup>.

لكنه لم يجوز صلح أحد الورثة عن ميراثه في تركة موجودة لم يتعذر علمها، ويبدو أنه منع ذلك لما تشتمل عليه التركة من الأعيان في الغالب، ولأنها في غير يد المبرأ.

(١) انظر: التنقيح المشبع ص ١٤٨، وشرح المنتهى (٢/٢٦٣).

(٢) انظر: الروض الندى ص ٢٤٤.

(٣) (٢/١٢٠).

(٤) (٢/٣٣١-٣٣٢).

(٥) انظر: شرح المنتهى (٢/٥٢١).

(٦) انظر: غاية المنتهى (٢/١٢٠).

ويرى الشافعية أن الصلح عن المال على مال يبيع يحرم فيه ما يحرم في البيع من الغرر والجهالة والربا<sup>(١)</sup>.

وعلى هذا فلا بد لجواز الصلح أن يكون المصالح عنه وبدله معلومين ؛ لعدم جواز بيع المجهول.

ومن تطبيقات هذه المسألة في المذهب الشافعي : ما لو كان في ملك شخص شجرة فأخذت في النمو حتى دخلت أغصانها الرطبة في منزل جاره، وأراد أن يصالحه على بقائها فيه بمال يدفعه إليه، فلا يجوز الصلح للجهالة المترتبة على نمو أغصانها في كل وقت.

أما المالكية فقد أجازوا الصلح عن المجهول إذا تعذرت معرفته فإذا كان في استطاعة المتصالحين أن يعرفوا ذلك لم يجز الصلح قبل المعرفة<sup>(٢)</sup>.

ويتفرع على هذا أن للزوجة أن تصالح الورثة على نصيبها من الميراث إذا علمت هي وجميع الورثة بمبلغ التركة، فإن لم يعرفوا ذلك لم يجز الصلح، لقدرتهم على الوصول إلى معرفتها.

ويجب أن يكون بدل الصلح معلوماً؛ لأن الصلح شبيه بالبيع يراعى في صحته ما يراعى في البيوع، من انتفاء الجهالة ونحوها، فإذا ادعى شخص على آخر بدين فصالحه عنه بعشرة أرتال مثلاً من لحم شاة حية أو مذبوحة غير مسلوخة لم يجز الصلح لجهالة عوضه<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر: المهذب (١/٣٣٣).

(٢) انظر: الخطاب (٥/٨٠).

(٣) انظر: بداية المجتهد (٢/٢٩٠)، والقوانين الفقهية لابن جزي ص ٣٢٤، والشرح الكبير

للدردير (٣/٣٠٩)، وحاشية الدسوقي عليه (٣/٣١٧).



ومنع الظاهرية أيضاً الصلح على مال مجهول القدر مستدلين بقوله تعالى :  
 ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾  
 النساء: ٢٩. وقالوا: إن الرضا لا يكون في مجهول أصلاً<sup>(١)</sup>.

وقد استمد القانون العراقي حكم هذه المسألة من الفقه الإسلامي فاشترط أن  
 يكون المصالح عنه معلوماً إن كان مما يحتاج إلى القبض والتسليم<sup>(٢)</sup>، كما اشترط  
 ذلك أيضاً في بدل الصلح<sup>(٣)</sup>، أما القانون اللبناني فقد أجاز الصلح على الحقوق  
 والأشياء التي يجهل المتصالحون قيمتها<sup>(٤)</sup>.

\* \* \* \* \*

(١) المحلى لابن حزم (١٦٥/٨).

(٢) انظر: المادة (٧٠٤) من القانون العراقي.

(٣) انظر: المادة (٧٠٥) من القانون العراقي.

(٤) انظر: المادة (١٠٣٨) من التقنين اللبناني.



## الباب الثالث

# الجهالة في المشاركات

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: عقد الشركة.

الفصل الثاني: المساقاة.

الفصل الثالث: المزارعة.



## الفصل الأول عقد الشركة

وهو توافق إرادتين أو أكثر على الاشتراك في رأس المال وفي ربحه، أو في الربح فقط إن لم يكن ثمت رأس مال.

وتنقسم شركة العقد إلى ثلاثة أقسام: شركة أموال، وشركة أعمال أي: أبدان، وشركة وجوه.

ويندرج تحت كل قسم من هذه الأقسام الثلاثة نوعان: شركة مفاوضة وشركة عنان.

وسنعرض فيما يلي بكلمة موجزة لبيان كل من شركة الأبدان والوجوه والمفاوضة لما لها من صلة بالغرر.

لكن لا بد لنا قبل ذلك من الإشارة إلى شرطين هامين في شركة العقد بصفة عامة وضعهما الفقهاء تفادياً لتسرب عنصر الغرر إلى ذلك العقد وهما:

١- أن يكون الربح معلوم القدر، فجهالته تفسد العقد بسبب ما تفضي إليه من النزاع.

٢- أن يكون جزءاً شائعاً لثلا يؤدي عدم شيوعه إلى قطع الشركة فيه؛ إذ من المحتمل أن لا يحصل منه إلا المقدار المعين لأحدهما.

## المبحث الأول شركة الأبدان

هي اتفاق اثنين أو أكثر من ذوي الحرف على الاشتراك في تقبل الأعمال من الناس على أن يكون ما يحصل من أرباح أعمالهم أو أجورها مشتركاً بينهم بحسب ما يتفقون عليه.

وقد اتفق الحنفية والمالكية والحنابلة على القول بصحتها من حيث المبدأ، واختلفوا في بعض التفاصيل.

إذ يشترط المالكية لجواز شركة الأبدان شروطاً أربعة هي:

١- اتحاد صنعة المشاركين كأن يكونا نجارين أو خياطين، أو تلازمهما بأن تتوقف أحدهما على الأخرى كما لو اشترك غزال ونساج فتولى أحدهما الغزل، وقام الآخر بالنسيج.

٢- دخولهما في الشركة على أن يكون نصيب كل واحد منهما من الربح بنسبة عمله، فإذا كان عليه نصف العمل مثلاً كان له نصف الربح وهكذا. على أن التفاوت القليل مغتفر عرفاً، ولا بأس من أن يتبرع أحدهما بالعمل بعد العقد.

٣- حصول التعاون بينهما في العمل وإن لم يكونا بمكان واحد<sup>(١)</sup>.

وذكر ابن رشد في بداية المجتهد أن اتفاق الصنعتين والمكان شرط عند مالك<sup>(٢)</sup>.

٤- إذا كان العمل يتطلب آلة ذات بال كمكائن الخياطة، ومعدات النجارة، وأدوات الهندسة ونحوها بالنسبة لأرباب هذه الحرف فلا بد من اشتراكهما فيها أما بملك أو بإجارة.

إما جمهور الحنفية والحنابلة فتصح عندهم شركة الأبدان مع اختلاف الصنعتين، ويشترط زفر لصحة هذه الشركة اتفاق الصنعة<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر: الشرح الكبير للدردير (٣/٣٦١).

(٢) انظر: بداية المجتهد (٢/٢٥٢).

(٣) انظر: البدائع (٦/٦٥)، وشرح المنتهى (٢/٣٤٠).

وعلى هذا فليس ثمت مانع في هذين المذهبين - فيما عدا قول زفر - من اشتراك النجار والخياط، والدباغ والقصار، والمهندس والطبيب فيما يتقبلان في ذمهما من الأعمال، إلا أنهم يختلفون في نقطة أخرى حيث يجيز الحنابلة الاشتراك في أخذ المباحات كالاحتشاش والاصطياد ونحوه، احتجاجاً بما روى أبو داود أن النبي ﷺ قد أشرك في غزوة بدر بين عمار وسعد وابن مسعود فجاء سعد بأسيرين، ولم يجيئاً بشيء<sup>(١)</sup>، وبما نقل عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: (من أخذ شيئاً فهو له) وفي هذا دلالة على أن غنائم بدر كانت من قبيل الأموال المباحة؛ لأنه ﷺ جعلها لمن أخذها، وذلك قبل أن يشرك الله تعالى بينهم<sup>(٢)</sup>.

ويرى الحنفية عدم صحة الاشتراك في أخذ الأموال المباحة؛ لأن من شروط صحة عقد الشركة عندهم قابلية العقود عليه للتوكيل، والمباحات لا يصح التوكل فيها بل يملكها من يستولي عليها<sup>(٣)</sup>.

وذهب الشافعي وأبو ثور وابن حزم إلى عدم جواز شركة الأبدان؛ لعدم تأكدهما من حصول الربح بحكم احتمال تعذر العمل، ولأن عمل كل واحد منهما له يختص به فلا يجوز أن يشاركه الآخر في بدله<sup>(٤)</sup>.

\* \* \*

(١) سنن أبي داود (٢/٢٣٠)، سنن النسائي (٧/٢٨٠).

(٢) انظر: شرح المنتهى (٢/٣٤٠)، ولم يثبت هذا اللفظ عن النبي صلى الله عليه وسلم كما نقله الشافعي وقال البيهقي: روي في حديث سعد بن أبي وقاص في سرية عبد الله بن جحش قال: وكان الفيء إذ ذاك: من أخذ شيئاً فهو له. انظر: تلخيص الحبير (٤/١٣٣).

(٣) انظر: البدائع (٦/٦٣).

(٤) انظر: سبل السلام (٣/٥١)، والمهذب (١/٣٤٦).

## المبحث الثاني شركة الوجوه

وهي أن يشترك اثنان أو أكثر على الذمم من غير صنعة ولا مال<sup>(١)</sup>، فيشتريان نسيئة بفضل مالهما من جاه وثقة عند التجار، ثم يبيعان نقدًا على أن تكون الأرباح بينهم.

وسميت بشركة الوجوه لقيامها على ما لأعضائها من جاه ومنزلة في الأوساط التجارية إذ لا يبايع بالنسيئة عادة إلا الوجيه المعروف بحسن المعاملة. وقد ذهب أبو حنيفة رحمه الله إلى القول بصحة هذه الشركة محتجا بالقياس على شركة الأبدان، وبقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وبقوله عليه الصلاة والسلام: (المؤمنون عند شروطهم)<sup>(٢)</sup>، ولأنها إذا تمت تتضمن وكالة كل شريك عن الآخر، والوكالة تجوز حالة الانفراد فتجوز حالة الاجتماع. وأجازها الحنابلة أيضاً؛ لاشتمالها على مصلحة بلا مضرة<sup>(٣)</sup> ولم يشترطوا لصحتها ذكر جنس ما يشترطه ولا ذكر قدره، ولا ذكر وقت الشركة، فلو قال كل منهما لصاحبه: ما اشتريت من شيء فهو بيننا صح العقد<sup>(٤)</sup>. ونرى - قبل أن نعرض لرأي المالكية في هذه الشركة - أن نشير إلى ما وقع بينهم في تفسيرها من خلاف.

فقد فسرها ابن رشد الفقيه المالكي بأنها الشركة على الذمم من غير صنعة ولا مال<sup>(٥)</sup>.

(١) بداية المجتهد (٢/٢٥٢).

(٢) أخرجه البخاري معلقاً (٣/١٢٠)، أبو داود (٢/٢٧٣)، والترمذي (٦/١٠٤).

(٣) شرح المنتهى (٢/٣٣٩).

(٤) انظر: غاية المنتهى (٢/١٨٠).

(٥) انظر: بداية المجتهد (٢/٢٥٢).



كما فسرهما بذلك أيضاً القاضي أبو محمد حيث قال: هي أن يشتريا على الذمم بغير مال ولا صنعة حتى إذا اشتريا شيئاً كان في ذمهما فإذا بيع قسماً ربحه.

وفسرهما بعضهم بأن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون له نصفه<sup>(١)</sup>. ومن المعلوم أن من ضروب الشركات عند المالكية شركة يطلقون عليها شركة الذمم، وهي أن يتعاقد اثنان أو أكثر بلا مال على شراء شيء غير معين وقت العقد، بدين في الذمة على أن يكون كل واحد منهما كفيلاً عن الآخر، ثم يبيعان ذلك ويقسمان ربحه، وهذه الشركة فاسدة؛ لما فيها من ضمان يجعل، وسلف يجر منفعة فهي من قبيل تحمل عني وأتحمل عنك، وأسلفني وأسلفك، أما إذا دخلا على شراء شيء معين وتساويا في التحمل فذلك جائز<sup>(٢)</sup>. ويرى بعض المالكية كما هو ظاهر مختصر خليل أن اتفاق الوجيه مع الخامل على البيع له بجزء من الربح لا يعدو أن يكون صورة أخرى لشركة الذمم، أو تفسيراً آخر لها.

وهذا أحد قولين في مذهب مالك، والأوجه - كما يقول الدردير - أن هذه شركة وجوه لا ذمم، ومهما يكن من أمر فهذا اللون من الشركة فاسد أيضاً عند المالكية سواء قلنا إنها صورة أخرى لشركة الذمم، أو قلنا إنها شركة وجوه مستقلة عن شركة الذمم؛ لأن الشركة إنما تتعلق على المال أو على العمل، وكلاهما معدوم فيها، فضلاً عما فيها من المعاوضة على كسب غير معدود

(١) انظر: الذخيرة للقرافي (١٧٦/٥) وأبو محمد هو: القاضي عبدالوهاب الثعلبي المالكي.

(٢) انظر: الشرح الكبير للدردير (٣/٣٦٤).

بصناعة ولا يعمل مخصوص<sup>(١)</sup>، وذلك غرر، وأكل للمال بالباطل، وأخذ للربح بدون سبب شرعي.

وفسرها الشافعية بأن يشاركه على أن يربحه فيما يشتريه بجاهه في الذمة، أو يقول له: اشتر على جاهي والربح بيننا، أو يقول: على أن أشتري أنا وتبيع أنت؛ لأنني أعرف بالشراء وأوجه عند التجار<sup>(٢)</sup>.

وقالوا ببطلانها؛ لأن ما يشتريه كل واحد من الشريكين ملك له ينفرد به فلا يصح أن يشاركه فيه غيره<sup>(٣)</sup>.

فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف وبين له جنس ما يشتريه وقدر ما يشتري به ونوى أن يشتريه بينه وبين شريكه صحت الشركة حينئذ ودخل ذلك في ملكهما<sup>(٤)</sup>.

\*\*\*

### المبحث الثالث

#### شركة المفاوضات

هي معاقدة تقع بين اثنين أو أكثر على الاشتراك في الكسب بالمال والبدن، يفوض فيها كل واحد من أعضائها للآخر أن يتصرف في حضوره وغيبته، ويلتزم بكل ما يحمله شريكه ويكفله فيما يترتب على تصرفاته التي يباشرها للشركة من الديون<sup>(٥)</sup>.

(١) انظر: بداية المجتهد (٢/٢٥٢).

(٢) انظر: الذخيرة للقرافي (٥/١٧٦).

(٣) انظر: المهذب (١/٣٤٦).

(٤) انظر: المرجعين السابقين.

(٥) انظر: المهذب (١/٣٤٦)، والقوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٧٤ ومختصر أحكام المعاملات

الشرعية للعلامة الشيخ علي الخفيف ص ٢٤٩.

وتصح عند الحنفية فيما تصح فيه الشركة، وهو النقود<sup>(١)</sup>.

وقد استدلوا على صحتها بحديث: (تفاوضوا فإن المفاوضة أعظم اليمن وأعظم البركة)، وفي رواية: (إذا تفاوضتم فأحسنوا المفاوضة)<sup>(٢)</sup>.

وبأنها مشتملة على أمرين جائزين وهما: الوكالة والكفالة، وكل واحد منهما يجوز حالة الانفراد فيجوز حالة الاجتماع.

وبأنها وسيلة إلى استثمار المال أو تحصيله، والحاجة قائمة إلى ذلك<sup>(٣)</sup>، غير أنهم يشترطون لصحتها شروطاً عدة منها:

١- أن تتوافر لكل واحد من الشركاء شرائط أهلية الكفالة وهي العقل والبلوغ والحرية.

٢- ومنها أن تكون حصص الشركاء في رأس المال متساوية القدر، بل يشترط على المشهور أن تكون متساوية القيم أيضاً، فلو تساوت قدرًا وتفاوتت قيمة لم تصح المفاوضة؛ لعدم ثبوت المساواة التي هي من مقتضى العقد. وإذا ورث أحد المتفاوضين نقداً تحولت شركة المفاوضة إلى شركة عنان، لعدم التساوي في المال الذي تصح فيه الشركة<sup>(٤)</sup>.

٣- ومنها أن لا يكون لأحد الشركاء - خارج نطاقها - مال تصح فيه الشركة كالنقود، فيجب إدخال جميع ما لديهم من ذلك في الشركة تحقيقاً للمساواة.

(١) انظر: مختصر أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ الشيخ علي الخفيف ص ٢٤٩.

(٢) لم أقف عليه.

(٣) انظر: البدائع (٥٨/٦).

(٤) انظر: مختصر أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف ص ٢٤٩.

أما الأموال التي لا تصح الشركة فيها كالعروض والعقار والدين والمال الغائب فتفاضل الشركاء فيها لا يمنع صحتها؛ لأن وجود ما لا تنعقد عليه الشركة كعدمه.

٤- ومنها التساوي في الربح.

٥- ومنها أن لا يختص أحدهم بممارسة تجارة معينة دون شريكه لانتهاء معنى المساواة حالة اختصاصه بذلك، وعلى هذا فلا تجوز المفاوضة بين المسلم والذمي، لأن الذمي يتجر في الخمر والخنزير، وذلك محظور على المسلم. ويرى أبو يوسف جواز المفاوضة بين المسلم والذمي لاستوائهما في أهلية الوكالة والكفالة.

أما مفاوضة الذميين بعضهم مع بعض فحائز، لاستوائهم في التجارة<sup>(١)</sup>.

٦- ومنها مراعاة لفظ المفاوضة، لأن لها شرائط لا يجمعها إلا هذا اللفظ، أو عبارة أخرى تقوم مقامه، فإن استطاع العاقد أن يستوفي شرائطها، بلفظ آخر صحت دون حاجة إلى ذكر لفظها؛ إذ العبرة في العقود لمعانيها لا لذات الألفاظ<sup>(٢)</sup>.

هذه هي شروط المفاوضة عند الحنفية.

ولقد نقل الكاساني في البدائع عن الإمام مالك رحمه الله أنه قال: لا أعرف المفاوضة<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر: البدائع (٦١/٦).

(٢) انظر: البدائع (٦٢/٦).

(٣) انظر: المرجع السابق (٥٧/٦).

ثم عقب ملك العلماء على ذلك بأن مالكا إن عنى بقوله هذا معنى المفاوضة في اللغة فهي عبارة عن المساواة، وإن أراد أنه لا يعرف جوازها فقد ورد في الأثر ما يفيد الجواز إذ روى عن النبي ﷺ أنه قال: (تفاوضوا فإنه أعظم للبركة)<sup>(١)</sup>.

وقد يوهم عرض المسألة على هذا النحو أن شركة المفاوضة غير جائزة في المذهب المالكي. والواقع أنّ المالكية يميزون هذه الشركة ويعللون لجوازها بأن كل واحد منهم قد باع جزءاً من ماله بجزء من مال شريكه ثم وكل واحد منهم صاحبه على النظر في الجزء الذي بقي في يده كما يقول ابن رشد<sup>(٢)</sup>.

كما يستدلون أيضاً بالحديث المذكور وهو غير معروف الصحة<sup>(٣)</sup>، ولكن المالكية لا يشترطون في المفاوضة تساوي الشركاء في رءوس الأموال، تشبيها لها بشركة العنان<sup>(٤)</sup>، ولا يشترطون إدخال جميع ما يملكه الأعضاء فيها من المال، فلا تفسد عندهم بانفراد أحدهم أو كل منهم بشيء من ذلك خارج نطاق الشركة<sup>(٥)</sup>.

أما العمل في المفاوضة فيجب أن يكون بنسبة الحصص فيها فإذا كان أعضاؤها اثنين فقط وكانت حصصهما متساوية كان على كل منهما نصف العمل، وإن كانت حصة أحدهما الثلث وحصة الآخر الثلثين كان العمل على هذه النسبة أيضاً<sup>(٦)</sup>.

(١) انظر: البدائع (٥٨/٦).

(٢) انظر: بداية المجتهد (٢٥١/٢).

(٣) انظر: الذخيرة للقرافي (١٧٨/٥).

(٤) انظر: بداية المجتهد (٢٥١/٢).

(٥) انظر: الشرح الكبير للدردير (٣٥١/٣).

(٦) انظر: الدسوقي على الشرح الكبير (٣٥٢/٣).

وشركة المفاوضة عند الحنابلة على ضربين أحدهما صحيح والآخر فاسد، فالصحيح منها أن يفوض كل واحد من أعضائها إلى الآخر كل تصرف مالي أو بدني كالبيع والشراء والمضاربة والرهن والضمان والتوكيل والابتیاع في الذمة والسفر بالمال ويكون الربح على ما شرطوه والوضیعة على قدر المال.

وإنما صح هذا الجانب من شركة المفاوضة؛ لأنه لا يخرج في هذه الحالة عن شركة العنان والوجوه والأبدان، وقد وردت النصوص بصحتها جميعاً. والفساد منهما هو ما أدخلت فيه الأكساب النادرة كوجدان لقطعة أو ركاز أو ما يحصل لأحدهم من ميراث أو ما يلزم من ضمان، وسر فساد ذلك عدم ورود الشرع بمثل هذا العقد، ولما فيه من كثرة الغرر إذ قد يلزم فيه ما لا يقدر عليه الشريك.

وعلى هذا يكون لكل واحد من الشركاء في هذا الضرب من المفاوضة ما يستفيده، وله ربح ماله وأجرة عمله لا يشاركه فيه غيره وعليه وحده ضمان ما غصبه أو جناه أو ضمنه من الغير.

جاء في مسائل الإمام أحمد برواية ابنه عبد الله<sup>(١)</sup>: «حدثنا قال سمعت أبي يقول في الشريكين المتفاوضين هما الرجلان يشتركان فيقولان ما ورثنا من الميراث أو أصبنا من فائدة أو مال فهو أيضاً، بيننا. قال أبي: هذا كلام محال ولم يره شيئاً».

وقال في المبدع<sup>(٢)</sup>: «فصل الخامس شركة المفاوضة: وهي مفاعلة يقال فاضه مفاوضة أي جازه وتفاضوا في الأمر أي فاض بعضهم بعضاً، وهي أن يدخلوا في الشركة الإكساب النادرة كوجدان - بكسر الواو مصدر وجد-

(١) ص ٢٥٨.

(٢) (٤/٣٨٩).

لقطة أو ركاز وما يحصل لهما من ميراث وما يلزم أحدهما من ضمان أو أرش جناية ونحو ذلك فهذه شركة فاسدة نص عليه لأنه يكثر فيها الغرر...

والثاني: تفويض كل منهما إلى صاحبه شراء وبيعاً ومضاربة وتوكيلاً وابتياعاً في الذمة ومسافرة بالمال وارتهاًناً وضمناً ما يرى من الأعمال فشركة صحيحة، وكذا لو اشتركا في كل ما ثبت لهما أو عليهما إن لم يدخلها فيها كسباً نادراً وغرامة<sup>(١)</sup>.

وذهب الشافعية إلى بطلان شركة المفاوضة مستدلين بحديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل)<sup>(٢)</sup>، وهذه ليست في كتاب الله.

وبنهييه عليه الصلاة والسلام عن بيع الغرر وهذه الشركة غرر؛ لأن أحدهما قد يضمن ما يأتي على المالكين، ولأن مقتضاها مشاركة كل واحد منهما للآخر فيما يختص بسببه وضمناً ما يجب على صاحبه بعدوانه<sup>(٣)</sup>.

وقد روي عن الإمام الشافعي رحمته الله أنه قال: «إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة فما أعلم شيئاً باطلاً<sup>(٤)</sup>. وأنها أشد من القمار ولا يبقى شيء فاسد إذا أجزت»<sup>(٥)</sup>.

ومنشأ الخلاف - كما يقول القرافي في الذخيرة هو اشتغالها على المفسد والمصحح فالحنفية والمالكية غلبوا المصحح والشافعية غلبوا المفسد.

(١) انظر: الإنصاف (٥/٤٦٤-٤٦٥)، وشرح المنتهى (٢/٣٤٢).

(٢) صحيح البخاري (٢١٦٨)، صحيح مسلم (١٥٠٤).

(٣) انظر: المهذب للشيرازي (١/٣٤٦)، والذخيرة للقرافي (٥/١٧٨).

(٤) القواعد الفقهية لابن تيمية ص ١٢١.

(٥) الذخيرة للقرافي (٥/٢، ١٧٨).

### المبحث الرابع المضاربة

يقول ابن عرفة الفقيه المالكي في تعريف المضاربة: «هي تمكين مال لمن يتجر به بجزء من ربحه بغير لفظ الإجارة»<sup>(١)</sup>.

وعرفها آخرون، بأنها عقد على الاشتراك في الربح على أن يكون رأس المال من طرف والعمل فيه من الطرف الآخر<sup>(٢)</sup>.

وهي نوع من الشركة معروف عند العرب قبل ظهور الإسلام، فقد كان القرشيون أهل تجارة وصدق بالأسواق، وكان المشغول منهم والمريض والطاعن في السن والصغير والمرأة ونحوهم يعطون أموالهم لمن يتجر بها بجزء مسمى من ربحها.

ولقد خرج سيد البشر إلى الشام قبل البعثة في قراض بمال لخديجة وأقر ذلك في الإسلام وعمل به الصحابة رضوان الله عليهم<sup>(٣)</sup>.

ويقضي القياس في المذهب الحنفي بعدم جواز المضاربة لأنها استتجار بأجر مجهول معدوم لعمل مجهول وقت إبرام العقد، غير أن الحنفية تركوا القياس في ذلك عملاً بالكتاب والسنة والإجماع. يقول الكاساني في معرض كلامه عن عقد المضاربة: «لقياس أنه لا يجوز؛ لأنه استتجار بأجر مجهول بل بأجر معدوم ولعمل مجهول لكننا تركنا القياس بالكتاب العزيز والسنة والإجماع.

أما الكتاب الكريم: فقولُه عز شأنه: ﴿وَأَخْرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٥]، والمضارب يضرب في الأرض يبتغي من فضل الله عز

(١) انظر: الرصاع ص ٣٧٩.

(٢) انظر: مختصر أحكام المعاملات الشرعية ص ٢٥٢.

(٣) انظر: المحلى لابن حزم (٢٤٧/٨).



وجل ، وقوله سبحانه وتعالى : ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ [الجمعة: ١١٠] ، وقوله تعالى : ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ﴾ [البقرة: ٢١٩٨].

وأما السنة : فما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال : (كان العباس بن عبدالمطلب إذا دفع المال مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحراً ولا ينزل به وادياً ولا يشتري به دابة ذات كبد رطبة فإن فعل ذلك ضمن ، فبلغ شرطه رسول الله صلى الله عليه وسلم فأجاز شرطه<sup>(١)</sup> ، وكذلك بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاقدون المضاربة فلم ينكر عليهم وذلك تقرير لهم على ذلك ، والتقرير أحد وجوه السنة.

وأما الإجماع فإنه يروى عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم أنهم دفعوا مال اليتيم مضاربة منهم سيدنا عثمان وسيدنا علي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبيد الله بن عمرو وسيدتنا عائشة رضي الله تعالى عنهم ولم ينقل أنه أنكر عليهم من أقرانهم أحد ومثله يكون إجماعاً ، وروى أن عبد الله وعبيد الله ابني سيدنا عمر قدما العراق وأبو موسى الأشعري أمير بها فقال لهما : لو كان عندي فضل لأكرمتكما ولكن عندي مال لبيت المال أدفعه إليكما فابتاعا به متاعاً واحملاه إلى المدينة وبيعاه وادفعا ثمنه إلى أمير المؤمنين ، فلما قدما المدينة قال لهما سيدنا عمر رضي الله عنهما : (هذا مال المسلمين فاجعلا ربحه لهم) فسكت عبد الله وقال عبيد الله : ليس لك ذلك لو هلك منا لضمنا. فقال بعض

(١) قال في مجمع الزوائد (٤/١٦١) : رواه الطبراني وفيه أبو الجارود وهو كذاب ، وضعفه في

الصحابة: يا أمير المؤمنين اجعلهما كالمضاربين في المال لهما النصف وليت المال النصف فرضي به سيدنا عمر رضي الله عنه، وعلى هذا تعامل الناس من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا في سائر الأعصار من غير إنكار من أحد، وإجماع أهل كل عصر حجة فترك به القياس»<sup>(١)</sup>.

ويشير الكاساني في البدائع إلى أن نوعاً من القياس يقتضي جواز المضاربة، وذلك أن حكمة مشروعية العقود هي تحقيق مصالح العباد ودفع حاجتهم، والناس يحتاجون لعقد المضاربة بحكم اختلاف ظروفهم وتفاوت استعدادهم فقد يكون لدى بعضهم المال الكثير لكن تعوزه الخبرة التجارية، وقد يوجد الرجل الخبير بأساليب التجارة ولا يكون لديه مال يشتغل به، وفي مشروعية هذا العقد دفع الحاجتين<sup>(٢)</sup>.

#### رأي ابن تيمية في موافقة المضاربة للقياس:

يرى ابن تيمية أن المضاربة على وفق القياس؛ لأنها عقد شركة لا عقد إجارة فلا يشترط فيها العلم بالعوضين؛ لأن ذلك إنما يشترط في المعاوضات الخاصة التي هي جنس آخر غير جنس المشاركات<sup>(٣)</sup>.

#### جهالة رأس المال:

يشترط لجواز المضاربة أن يكون رأس المال معلوماً، فلا تصح على الجزاف؛ لأن مقتضاها رد رأس المال إلى صاحبه وذلك غير ممكن عند عدم معرفته<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر: البدائع (٦/٧٩).

(٢) انظر: البدائع (٦/٧٩).

(٣) انظر: رسالة القياس لابن تيمية ص ٧.

(٤) انظر: المهذب (١/٣٨٥)، والبدائع (٦/٨٣)، وشرح المنتهى (٢/٣٢٧)، والشرح الكبير

للدردير (١/٣٨٥)، والرصاع ص ٣٨٢.

وللشافعية وجهان في إبهام رأس مال المضاربة كما لو دفع شخص إلى آخر كيسين في كل واحد منهما مائة جنيه وقال له: خذ هذين أحدهما وديعة، والآخر مضاربة، فوجه الجواز أن الكيسين متساويان، ووجه المنع عدم بيان مال المضاربة من مال الوديعة<sup>(١)</sup>.

### جهالة الربح:

كما يشترط لجواز المضاربة أيضاً أن يكون الربح معلوماً مشاعاً. فإن لم يكن معلوماً كالجزة والسهم ونحوهما لم تصح المضاربة لوقوع ذلك على القليل والكثير<sup>(٢)</sup>.

ولا تصح على معلوم غير مشاع كما لو ضارب على درهم ونحوه؛ لأنه قد لا يربح إلا ذلك الدرهم فيتضرر صاحب المال، وقد لا يربح ذلك الدرهم فيتضرر العامل<sup>(٣)</sup>.

### في أي الأشياء تجوز المضاربة:

أجمع الفقهاء على جواز المضاربة بالأثمان من الدراهم والدنانير. واختلفوا في العروض فمنع الجمهور ذلك لما يترتب عليه من جهالة رأس المال وجهالة الربح بسبب اختلاف قيمة العرض عند قبضة عن قيمته عند رده، ولما قد ينجم عن ذلك من الضرر بالمتعاقدين ففي حالة ازدياد قيمة العرض يتضرر العامل إذ يحتاج إلى صرف جميع ما اكتسبه في رد مثله أو في رد قيمته إن لم يكن له مثل.

(١) انظر: المهذب (٣/٣٨٥).

(٢) انظر: البدائع (٦/٨٥)، والمهذب (١/٣٨٥)، وشرح المنتهى (٢/٣٢٧)، والشرح الكبير للدردير (٣/٥١٨).

(٣) انظر: المهذب (١/٣٨٥).

وعند نقص قيمته يتضرر صاحب المال؛ لأن العامل لا يصرف إلا جزءاً يسيراً من كسبه لرد مثله أو قيمته ثم يشارك في الباقي<sup>(١)</sup>.

وذهب ابن أبي ليلى إلى الجواز.

ونقل الكاساني في البدائع أن المضاربة بالعروض جائزة عند مالك، حيث قال: «وعند مالك رحمه الله هذا ليس بشرط وتجاوز المضاربة بالعروض، والصحيح قول العامة.... ولأن المضاربة بالعروض تؤدي إلى جهالة الربح وقت القسمة، لأن قيمة العروض تعرف بالحزر والظن وتختلف باختلاف المقومين، والجهالة تفضي إلى المنازعة، والمنازعة تفضي إلى الفساد، وهذا لا يجوز»<sup>(٢)</sup>.

ويهمنا في هذا المقام ما نسبته الكاساني إلى الإمام مالك من تجويز المضاربة بالعروض، بصرف النظر عن صحة النقل وعدم صحته، فقد يتبادر إلى القارئ أن المضاربة بالعروض جائزة عند المالكية والمعروف أنها لا تجوز بالعروض عندهم.

وعلى أية حال فالمعول في ذلك على أقوال المالكية أنفسهم وقد ذكر ابن جزى أن المضاربة بالعروض لا تجوز<sup>(٣)</sup>، وقال في الشرح الكبير<sup>(٤)</sup>: «القراض.. توكيل من رب المال لغيره على تجر في نقد ذهب أو فضة.. مضروب ضرباً يتعامل به لا بعروض ولا بتبر ونقار فضة..».

(١) انظر: البدائع (١٢/٦)، والمهذب (٣٨٥/١)، وشرح المنتهى (٣٣٦/٢)، وغاية المنتهى

(٢/١٧٨)، وبداية المجتهد (٢/٢٣٤)، والشرح الكبير للدردير (٣/٥١٧).

(٢) (١٢/٦).

(٣) انظر: القوانين الفقهية لابن جزى ص ٢٧٢.

(٤) (٣/٥١٧).

أما المضاربة بما يتبع به العروض من الأثمان فقد أجازته الحنفية والحنابلة. جاء في البدائع<sup>(١)</sup>: «وقد قالوا لو دفع إليه عروضاً فقال له بعها واعمل بثمرها مضاربة فباعها بدراهم أو دنائير وتصرف فيها جاز؛ لأنه لم يضيف المضاربة إلى العروض وإنما أضافها إلى الثمن، والثمن تصح به المضاربة».

وجاء في رءوس المسائل من كتب الحنابلة: «(مسألة) إذا قال: بع هذه العروض وضارب بثمرها صحت المضاربة، وبه قال أبو حنيفة خلافاً لأكثرهم، لنا: أنه عقد يصح مع جهالة وليس فيه مفاوضة فجاز تعليقه بغير كالاتفاق والعتاق».

وجاء في شرح المنتهى<sup>(٢)</sup>: «كما تصح المضاربة بثمر عرض باعه بإذن مالكة ثم ضاربه على ثمنه».

وذهب مالك والشافعي إلى عدم الجواز للجهالة بثمرها.

قال في بداية المجتهد<sup>(٣)</sup>: «وأما إن كان رأس المال ما به يباع العروض فإن مالكا منعه والشافعي أيضاً.. وعمدة مالك أنه قارضه على ما بيعت به السلعة وعلى بيع السلعة فكأنه قراض ومنفعة مع أن ما يبيع به السلعة مجهول فكأنه إنما قارضه على رأس مال مجهول».

#### توقيت المضاربة:

ذهب المالكية والشافعية إلى عدم جواز توقيت المضاربة؛ لما قد ينجم عن ذلك من التضيق على العامل، فقد لا تصادف بعض السلع التي عنده رواجاً

(١) (١٢/٦).

(٢) (٣٣٠/٢).

(٣) (٢٣٤/٢).

في الأسواق طوال المدة المحددة للمضاربة فيضطر إلى بيعها عند انتهاء تلك المدة، وربما أصابه ضرر من جراء ذلك.

قال في المهذب<sup>(١)</sup>: «(فصل) قال الشافعي رحمه الله: ولا تجوز الشريطة إلى مدة فمن أصحابنا من قال لا يجوز شرط المدة فيه؛ لأنه عقد معارضة يجوز مطلقاً فبطل بالتوقيت كالبيع والنكاح. ومنهم من قال: إن عقده إلى مدة على أن لا يبيع بعدها لم يصح... وإن عقده إلى مدة على أن لا يشتري بعدها صح...».

وجاء في الشرح الكبير للدردير<sup>(٢)</sup>: «أو قراض أجل كأعمل به سنة أو سنة من الآن أو إذا جاء الوقت الفلاني فأعمل به ففاسد وفيه قراض المثل إن عمل لما فيه من التحجير الخارج عن سنة القراض»<sup>(٣)</sup>.

أما الحنفية والحنابلة فيجيزون المضاربة المؤقتة لأنها تقبل التقييد بنوع من المال كالوكالة فيجوز تقييدها بالزمان.

جاء في البدائع<sup>(٤)</sup>: «ولو قال: خذ هذا المال مضاربة إلى سنة جازت المضاربة عندنا، وقال الشافعي رحمه الله المضاربة فاسدة...ولنا: أن المضاربة توكيل، والتوكيل يحتمل التخصيص بوقت دون وقت».

قال في شرح المنتهى<sup>(٥)</sup>: «وتصح المضاربة مؤقتة كضارب بهذا المال سنة؛ لأنها تصرف يتقيد بنوع من المال فجاز تقييده بالزمان كالوكالة».

(١) (٣٨٦/١).

(٢) (٥١٩/٣).

(٣) انظر: القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٧٢.

(٤) (٩٩/٦).

(٥) (٣٢٩/٢).

## هوات المضاربة الفاسدة:

إذا فسدت المضاربة فسخ العقد ورد المال لصاحبه ما لم تفت بالعمل، فإن فاتت بالعمل فماذا يجب للعامل نظير قيامه بذلك؟  
ذهب الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وعبد العزيز بن سلمة من أصحاب مالك إلى أنها ترد إلى إجارة المثل<sup>(١)</sup>.

قال في شرح المنتهى<sup>(٢)</sup>: «وإن فسدت المضاربة فلعامل أجرة مثله نصاً ولو خسر المال، والتسمية فاسدة، لأنها من توابع المضاربة، وحيث فاته المسمى وجب رد عمله، لأنه لم يعمل إلا ليأخذ عوضه، وذلك متعذر فتجب قيمته، وهي أجرة مثله».

وذهب مالك رحمه الله فيما روى ابن الماجشون عنه إلى أنها ترد إلى مضاربة المثل، وهذا قول أشهب<sup>(٣)</sup>.



(١) انظر: بداية المجتهد (٢/٢٤٠)، ومختصر أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ علي الخفيف ص

٢٥٤.

(٢) (٣٢٩/٢).

(٣) انظر: بداية المجتهد (٢/٢٤٠).

## الفصل الثاني

### المساقاة

وهي دفع شجر أو عنب ونحوهما إلى من يقوم عليه بجزء معلوم من ثمرته. وقد ذهب جمهور الفقهاء مالك والشافعي وأحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحباً أبي حنيفة وداود الظاهري إلى القول بجوازها من حيث المبدأ وأنها مستثناة من بيع ما لم يخلق ومن الإجارة المجهولة.

واستدلوا بحديث ابن عمر رضي الله عنهما : (أن رسول الله ﷺ دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ولرسول الله ﷺ شطر ثمرها)، أخرجه البخاري ومسلم<sup>(١)</sup>.

وذهب أبو حنيفة رحمته الله إلى أن المساقاة فاسدة؛ لأنها استتجار ببعض الخارج فلا تصح لجهالة البدل<sup>(٢)</sup>. واحتج بنهيه عليه السلام عن المخابرة، وفسرها بأنها الفعل الذي وقع في خيبر من المساقاة، وأجاب عن حديث الجواز بأنه إما أن يكون منسوخاً، أو يسلم عدم نسخه على أن أهل خيبر كانوا عبيداً للمسلمين، وأن ما قدره ﷺ من شطر الثمرة لا يعدو أن يكون قوتاً لهم. بحكم وجوب نفقة العبد على مالكة<sup>(٣)</sup>.

هذه إحدى حجج الإمام، وهي حجة واهية بلا شك، فقد ثبت (بالنقل المتواتر: أن النبي ﷺ صالح أهل خيبر ولم يسترقهم)<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر: بداية المجتهد (٢/٢٤٤٢). والحديث أخرجه البخاري (٢٣٣٨)، ومسلم (١٥٥١).

(٢) انظر: البدائع (٦/١٧٥، ١٨٥).

(٣) انظر: الذخيرة للقرافي (٤/١٨٠).

(٤) ما بين القوسين مقتبس من كلام شيخ الإسلام ابن تيمية في القواعد الفقهية ص ١٦٥.



ولو كانوا عبيداً للمسلمين لما نفاهم عمر في أقطار الأرض وهم جزء من الثروة يمثلون بنداً ربما كان من أضخم بنود الميزانية في ذلك العصر، مع ما هو معروف عنه ﷺ من شدة حرصه على بيت مال المسلمين.

أما حديث الجواز فلا يتصور أنه منسوخ، وقد عمل به الصحابة بعد النبي ﷺ؛ لأن العمل بالمنسوخ حرام بالإجماع.

وأما تفسير المخابرة بالمساقاة فغير مسلم؛ لأن العرب قبل الإسلام كانوا يعرفون المخابرة ويريدون بها كراء الأرض بما يخرج منها أخذاً من الخبرة وهي العلم بدقائق الأمور، ولما كان الحراث يكشف ما خفي من وجه الأرض بالحراث فقد اشتق ذلك لكراء الأرض بجزء مما يخرج منها<sup>(١)</sup>.

على أن المعتمد في المذهب الحنفي هو قول الصاحبين.

#### على أي شيء تجوز المساقاة؟

اختلف مجيزوا المساقاة في محل جوازها. فقصره الظاهرية على النخل خاصة؛

لأن المساقاة رخصة فلا يتجاوز بها محلها الذي وردت به السنة<sup>(٢)</sup>.

وأجازها الشافعي رحمته الله في النخل والعنب فقط، أما جوازها في النخل

فلحديث خبير، وأما جوازها في العنب فلأن وجوب الزكاة في ثمره يبرر جواز

المساقاة عليه كالنخل، وقد ورد عن عتاب بن أسيد أن رسول الله ﷺ بعثه

وأمره أن يخرص العنب وتؤدى زكاته زبيياً كما تؤدى زكاة النخل تمرأً<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر: الذخيرة للقرافي (٤/١٨٠).

(٢) انظر: بداية المجتهد (٢/٢٤٣).

(٣) انظر: بداية المجتهد (٢/٢٤٣). والحديث رواه أبو داود (١٦٠٣)، والترمذي (٦٤٤)،

والنسائي (٥/١٠٩)، وابن ماجه (١٨١٩) وصوّب الحافظ ابن حجر أنه منقطع.

وقال المالكية تجوز في كل الأصول الثابتة - الشجر - كالنخل والعنب والتفاح والرمان والتين والزيتون وغير ذلك بشروط منها:

١- أن يتم التعاقد قبل بدو صلاح الثمرة وجواز بيعها. وسحنون لا يشترط ذلك بل يميز المساقاة بعد بدو الصلاح على اعتبار أنها إجارة؛ لأنه يرى أن الإجارة تنعقد بلفظ المساقاة<sup>(١)</sup>.

٢- أن تعقد إلى أجل معلوم، وتكره المساقاة فيما طال من السنين<sup>(٢)</sup>.

٣- أن يبلغ الشجر المساقى عليه حد الإثمار، وإن لا يخلف قبل قطع البطن الأول، فإن لم يبلغ حد الإثمار أو كان مما يخلف قبل قطع البطن الأول كالموز ونحوه لم تصح المساقاة عليه إلا تبعاً<sup>(٣)</sup>.

كما تجوز المساقاة على الزرع بشروط منها:

١- أن يظهر من أرضه فلا تصح المساقاة عليه حالة كونه بذراً في جوف الأرض.

٢- أن يكون مما لا يخلف بعد قطعة، وعلى هذا فلا تجوز المساقاة على البرسيم ونحوه.

٣- أن لا يبدو صلاحه.

٤- أن تشتد الضرورة إلى المساقاة عليه، بأن يعجز صاحب الزرع عن إتمام عمله الذي يتوقف عليه نموه، ويخشى موت الزرع إذا ترك العمل فيه<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٥٣٩/٣).

(٢) انظر: القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٧٠.

(٣) انظر: الشرح الكبير للدردير (٥٣٩/٣).

(٤) المصدر السابق ص ٥٤١-٥٤٢.

أما الحنابلة فيجيزون المساقاة في كل شجر معلوم له ثمر مأكول كالنخل والكرم والرمان والجوز واللوز والزيتون وغيرها.

ومن هذا يتضح أنهم لا يجيزونها على القطن والمقائي وما لا ساق له ولا على ما لا ثمر له مأكول كالصفصاف والسرو<sup>(١)</sup>.

والمساقاة عقد معاوضة يختلف الغرض فيها باختلاف الأعيان فلا تجوز على حائط مبهم كما لو ساقى على أحد هذين الحائطين<sup>(٢)</sup>.

ويجب أن يكون عوضهما معلوماً مقداراً مشاعاً كالنصف والثلث ونحوه، فإن كان غير مقدر كالسهم والنصيب لم تصح للجهالة بمقداره، إذ يقع ذلك على القليل والكثير<sup>(٣)</sup>.

وإن كان معلوماً غير مشاع كما لو ساقى رجلاً على ثمرة نخلة بعينها من البستان لم تصح أيضاً؛ لاحتمال أن لا يثمر في البستان سوى تلك النخلة فيتضرر صاحب الأصل، ولاحتمال أن لا تثمر تلك النخلة أيضاً فيصيب العامل ضرر من جراء ذلك<sup>(٤)</sup>.

ويشترط المالكية - بالنسبة لمساقاة الحوائط المشتملة على أجناس مختلفة من الشجر - أن لا يتفاوت عوض المساقاة فيها فلا يجوز تعاقدتهما على أن له في الثمر النصف وفي الزيتون الربع مثلاً.

(١) انظر: شرح المنتهى (٣٤٣/٢).

(٢) انظر: المهذب (٣٩١/١)، وشرح المنتهى (٣٤٣/٢).

(٣) انظر: المهذب (٣٩٢/١)، والبدائع (١٨٦/٦)، وشرح المنتهى (٣٤٣/٢).

(٤) انظر: المهذب في المذهب الشافعي (٣٩٢/١)، والمبدع في المذهب الحنبلي (٧٧/٢).

قال في الشرح الكبير للدردير<sup>(١)</sup>: «ويشترط في الجزء أيضاً أن يكون مستويًا في جميع أنواع الحائط فلو دخلا على أنه في التمر النصف وفي الزيتون مثلاً الربع لم يجز».

أما الحنابلة فيجيزون ذلك، قال في شرح المنتهى<sup>(٢)</sup>: «وإن كان في البستان أجناس وجعل له من كل جنس جزءاً مشاعاً معلوماً كنصف البلح وثالث العنب وربع الرمان وهكذا جاز».

#### مساقاة الحوائط الغائبة:

يجوز عند المالكية مساقاة الحائط الغائب كأن يساقى شخص في القاهرة على حائط له في دمشق. لكن بشرطين:

أحدهما: أن يقترن العقد بوصف الحائط ووصف محتوياته.

وثانيهما: أن يستطيع العامل الوصول إليه قبل أن يطيب.

قال في المدونة<sup>(٣)</sup>: «قلت: رأيت إن ساقيت رجلاً حائطاً لي بالمدينة ونحن بالفسطاط أتجوز المساقاة فيما بيننا قال: إذا وصفتما الحائط فلا بأس بالمساقاة فيما بينكما؛ لأن مالكا قال: لا بأس أن يبيع الرجل نخلاً يكون له في بعض البلدان ويصف النخل إذا باع، فإن لم يصف النخل إذا باع فلا يجوز البيع فكذلك المساقاة عندي».

وجاء في الشرح الكبير للدردير<sup>(٤)</sup>: «وجاز غائب أي مساقاة حائط غائب ولو بعيد الغيبة بشرطين أشار لهما بقوله: إن وصف ما اشتمل عليه من الشجر

(١) (٣/٥٤٠).

(٢) (٢/٣٤٣).

(٣) (٣/١٢٢).

(٤) (٣/٥٤٣).

وأرض ورقيق ودواب وما يسقي به من نهر أو بئر أو غيرهما أو هو بعل ونحو ذلك. ووصله العامل أي أمكنه وصوله قبل طيبه وإلا فسدت، ولو فرض وصوله قبله».

وللشافعي في المساقاة على حائط معين لم يره طريقان أحدهما أنه على قولين كالبيع، والثاني: أنه لا يصح قولاً واحداً؛ لأن المساقاة معقودة على الغرر فلا تتحمل غرراً آخر بسبب عدم الرؤية بخلاف البيع<sup>(١)</sup>.

#### توقيت المساقاة،

لا تجوز المساقاة عند الشافعية إلا على مدة معلومة؛ لأنها عقد لازم عندهم فلو جازت مطلقاً لاستبد العامل بالأصل وصار كالمالك<sup>(٢)</sup>.

ومقتضى القياس عند الحنفية أنها لا تصح دون بيان مدتها إلا أنها تجوز استحساناً لتعامل الناس دون بيان المدة، وتقع على أول جزء يظهر من الثمرة في تلك السنة؛ لأن وقت ابتدائها معلوم بخلاف المزارعة فلا بد من بيان المدة فيها لتفاوت وقت ابتدائها<sup>(٣)</sup>.

ويرى الحنابلة أن المساقاة عقد جائز يملك كل واحد من المتعاقدين إبقاءه، وفسخه<sup>(٤)</sup>، فلا يشترطون توقيتها.

وكذلك المالكية لا يشترطون توقيت المساقاة أيضاً غير أنهم يحملونها عند الإطلاق على الجذاذ كما صرح بذلك ابن الحاجب.

(١) انظر: المهذب (١/٣٩١).

(٢) انظر: المهذب (١/٣٩١).

(٣) انظر: البدائع (٦/١٨٠)، ومرشد الحيران المادة (٧٣٢).

(٤) انظر: شرح المنتهى (٢/٣٤٥).

وظاهر مختصر خليل اشتراط ذلك<sup>(١)</sup>.  
ويجيزون المساقاة على سنين معلومة ما لم تكثر جداً، بأن تتغير الأصول فيها  
عادة فلا تجوز حينئذ<sup>(٢)</sup>.

\* \* \* \* \*

(١) انظر: الشرح الكبير للدردير (٣/٥٤٢).

(٢) انظر: أيضاً الشرح الكبير للدردير (٣/٥٤٤).

## الفصل الثالث

### المزارعة

#### المبحث الأول

#### المذهب الحنفي

يرى أبو حنيفة رحمته الله أن المزارعة فاسدة بناء على أنها ضرب من الإجارة، ولا بد في عوض الإجارة من أن يكون معلوماً؛ لأنها كالثمن، والعوض في المزارعة مجهول فقد يخرج الزرع قليلاً وقد يخرج كثيراً، وقد يخرج على صفات ناقصة، وقد لا يخرج مطلقاً، وحينئذ يضيع عمل العامل.

ويستدل الإمام رحمته الله بحديث رافع بن خديج: (أن النبي صلوات الله عليه نهى عن كراء المزارع)، كما يستدل أيضاً بقول زيد بن ثابت: (نهى رسول الله صلوات الله عليه عن المخابرة). قلت وما المخابرة قال: (أن تأخذ أرضاً بثلث أو ربع أو نصف)<sup>(١)</sup>.

وذهب أبو يوسف ومحمد إلى جواز المزارعة لتعامل الأمة وهي عندهما على أربعة أوجه ثلاثة منها جائزة، والوجه الرابع باطل، وإليك بيان ذلك:

١- أن تكون الأرض والبذر لواحد. والعمل والبقر للآخر وبهذا يصير صاحب الأرض والبذر مستأجراً للعامل، والبقر تبع له كالألة بالنسبة لسائر الصناعات.

٢- أن تكون الأرض لواحد والعمل والبقر للآخر وعلى هذا يصير العامل مستأجراً للأرض ببعض الخارج منها.

(١) انظر: القواعد الفقهية لابن تيمية ص ١٥٩ والخلاصة على القدوري مخطوط بدار الكتب المصرية تحت رقم ٦٥٣ فقه حنفي والكتاب غير مرقم الصفحات. وحديث رافع رواه مسلم في صحيحه (١٥٤٧)، وحديث زيد رواه أبو داود (٣٤٠٧)، وأحمد (١٨٧/٥).

٣- أن تكون الأرض والبقر والبذر لواحد، والعمل للآخر، وعلى هذا يصير صاحب الأرض مستأجرًا للعامل ببعض الخارج من الأرض. وهذه الأوجه الثلاثة جائزة؛ لأن الأصل في تصرفات المسلمين أن تحمل على أقرب العقود الجائزة إليها، وأقرب العقود إلى هذه الأوجه هو الإجارة فتصحح عليها.

٤- أن تكون الأرض والبقر لواحد، والبذر والعمل للآخر، وهذا الوجه باطل؛ لتعذر حمله على الإجارة. إذ لو قدرت المزارعة لإجارة للأرض فالبقر لا يصير تبعًا لها وإنما يصير تبعًا للعامل. ولو قدرت إجارة للعامل فالبذر لا يصير تبعًا له؛ لأنه لا ينتفع به بعد الاستهلاك.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله أن هذا الوجه صحيح أيضًا قياسًا على ما إذا دفع رب المال إلى المضارب دابة مع المال ليحمل عليها المتاع<sup>(١)</sup>.

ولا بد لجواز المزارعة من أن تكون على مدة معلومة لما لها من شبهة بالإجارة، كما يشترط أيضًا أن يكون الخارج شائعًا بينهما، فإن جعل لأحدهما قفزانا معينة لم تصح؛ لما يترتب على ذلك من قطع الشركة عن بعض الخارج.

#### الحيلة في جواز المزارعة على قول أبي حنيفة،

باب المخارج في المذهب الحنفي واسع جدًا حتى لا تكاد تخلو أكثر المسائل الممنوعة بسبب الغرر ونحوه من حيلة للجواز.

وقد ذكر بعض المؤلفين في الحيل أن المخرج لجواز المزارعة على قول أبي حنيفة أن يأخذ العامل الأرض مزارعة، ثم يفزع المتعاقدان إلى قاض يرى أن المزارعة جائزة فيحكم بذلك فتجوز حينئذ.

(١) من الخلاصة على القدوري بتصرف.



وإن لم يجد قاضياً يرى جواز المزارعة فلهما مخرج آخر هو أن يقرَّ بأن قاضياً قضى عليهما بانعقاد هذه المزارعة ويكتبان بذلك كتاباً فيجوز إقرارهما على أنفسهما بذلك<sup>(١)</sup>.



### المبحث الثاني

#### المذاهب الثلاثة الأخرى

يرى المالكية أن المزارعة تشتمل على حقيقة الشركة وعلى حقيقة الإجارة<sup>(٢)</sup>.  
وتصح عندهم بشروط أربعة اثنان منهما متفق عليهما، واثنان مختلف فيهما، فالشرطان المتفق عليهما عندهم هما:

١- السلامة من كراء الأرض بممنوع بأن تكون بذهب أو فضة أو عرض أو حيوان، فإن كريت بممنوع كالطعام، ولو لم تنبته الأرض، أو كريت بما تنبته ولا تطول إقامته فيها كالكتان والقطن فسدت المزارعة.

وإن كريت بما تنبته الأرض وتطول إقامته فيها كالخشب ونحوه لم تفسد.

٢- أن يكون نصيب كل واحد منهما من الربح بنسبة ما أخرجته ومقتضى ذلك أن تقوم أجرة الأرض بنقد أو حيوان أو عروض، كان يقال إن أجرة هذه الأرض تساوي عشرين جنيهاً، أو ثلاث شياه، أو ثوب كتان ونحوه، ثم يقوم العمل كما تقوم آلات الزراعة<sup>(٣)</sup>.

فإذا عرف ذلك كان لكل واحد منهما أن يأخذ من الربح بقدر ما دفعه، وعلى هذا فلا تصح المزارعة إذا تساويًا في جميع ما أخرجاه وشرطاً في العقد أن

(١) انظر: الخليل للخصاف ص ٤٤ ط القاهرة.

(٢) الرصاع على تعريفات ابن عرفة ص ٣٩٠ ط تونس.

(٣) انظر: الفقه على المذاهب الأربعة (٥/٣).

يكون لأحدهما الثلث وللآخر الثلثان ؛ إذ المفروض عند تساويهما فيما أخرجاه أن يكون الربح بينهما مناصفة، على أن المزارعة تصح مع اختلاف أنصبتهما في الربح عن نسبة ما أخرجه كل منهما إذا تبرع أحدهما لصاحبه بعد العقد بالزيادة.

ويجوز المالكية تأجير الأرض بما يخرج منها تبعاً للمساواة. أما الشرطان المختلف فيهما فهما:

٣- خلط البذر إن كان منهما خلطاً حسيّاً أو حكماً بأن ينقل كل واحد منهما بذره إلى الأرض ويبذره فيها دون تمييز لأحدهما عن الآخر، فإن تميز بذر كل منهما بجهة فلا شركة بينهما، ولكل واحد ما أنبته حبه<sup>(١)</sup>.

وهناك قول لمالك وسحنون وابن القاسم يقضي بعدم اشتراط الخلط لا حساً ولا حكماً. وإذا بذر كل واحد منهما في جهة صحت المزارعة.

٤- تماثل ما أخرجاه من البذر جنساً ووصفاً- إن كان منهما - فلا تصح المزارعة إذا أخرج أحدهما قمحاً والآخر شعيراً ولكل منهما ما أنبته حبه. وقيل بصحة ذلك<sup>(٢)</sup>.

أما الشافعية فلا يجيزون المزارعة على الأرض البيضاء التي ليس فيها شجر ويستدلون بما روى سليم بن بشار: أن رافع بن خديج قال: كنا نخابر على عهد رسول الله ﷺ وذكر أن بعض عمومته أتاه فقال: نهى رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً وطاعة الله ورسوله أنفع لنا وأنفع. قلنا وما ذلك. قال: قال

(١) انظر: الشرح الكبير للدردير (٣/٣٧٣).

(٢) انظر أيضاً: الشرح الكبير (٣/٣٧٤).

رسول الله ﷺ: (من كانت له أرض فليزرعها ولا يكرها بثلك ولا ريع ولا بطعام مسمى)<sup>(١)</sup>.

وإن كانت الأرض بين النخل، وكان كثيراً والبياض قليلاً جازت المساقاة على النخل والمزارعة على تلك الأرض تبعاً للمساقاة لمعاملة النبي ﷺ أهل خيبر على ما يخرج منها من ثمر وزرع.

لكن لا يجوز إبرام عقد المزارعة قبل عقد المساقاة، لأن مبرر القول بجوازها هو الحاجة، وليس ثمت حاجة قبل المساقاة.

فإن أبرم عقد المزارعة بعد المساقاة فللشافعية في ذلك وجهان:

أحدهما: عدم الجواز؛ لأن أفرادها بالعقد شبيه بتقديمها على المساقاة.

والثاني: أنها تصح لحصولهما لمن له المساقاة.

وإن جمع بين عقدي المساقاة والمزارعة وسوى بينهما في العوض جاز ذلك

أيضاً؛ لأن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج من ثمر وزرع، فإن فاضل بينهما في العوض ففيه وجهان أحدهما الجواز.

والثاني: المنع؛ لأن تفاضلهما في العوض يستلزم تمييزهما فلا يكون أحدهما

تابعاً للآخر.

وإن كان النخل قليلاً وبياض الأرض كثيراً ففيه كذلك وجهان: أحدهما:

الجواز؛ لعدم إمكان سقي النخل إلا بسقي الأرض فأشبه الكثير. والثاني: المنع

لكثرة البياض والأكثر لا يكون تابعاً للأقل<sup>(٢)</sup>.

(١) صحيح مسلم (١٥٤٨).

(٢) انظر: المهذب جزء (١) ص ٣٩٣ - ٣٩٤.

وتصح المزارعة عند الحنابلة بجزء مشاع معلوم كالنصف والثلث ونحوهما مما يخرج من الأرض للعامل أو لرب الأرض والباقي للآخر. وظاهر المذهب اشتراط إخراج صاحب الأرض للبذر. واختار ابن قدامة والمجد وابن رزين وابن الجوزي وابن تيمية وابن القيم وغيرهم عدم اشتراط ذلك.

وعلى هذا يجوز أن يخرج العامل. وهذا هو الذي عليه عمل الناس. ومما يؤيد ذلك أن الأصل في جواز المزارعة قصة خيبر ولم يذكر النبي ﷺ أن البذر على المسلمين<sup>(١)</sup>.

\* \* \*

### المبحث الثالث

#### رأي ابن تيمية في المزارعة والمساقاة

قلنا فيما تقدم أن أبا حنيفة رضي الله عنه يرى أن المزارعة فاسدة، ويستدل بما روي عنه رضي الله عنه من حديث رافع بن خديج: (أنه نهى عن كراء المزارع). وبأن المزارعة ضرب من الإجارة، فلا بد أن يكون العوض فيها معلوماً، فإن كان مجهولاً لم تصح.

وقد أفاض العلامة ابن تيمية في بحث هذه المسألة بشقيها السمعي والعقلي، وحقق أن حديث رافع بن خديج قد روي بطرق متعددة منها ما ورد في البخاري عن رافع قال: كنا أكثر أهل المدينة مزدرعاً، كنا نكري الأرض الناحية منها مسمى لسيد الأرض، قال فمما يصاب ذلك وتسلم الأرض ومما

(١) انظر: الروض المربع وحاشية العنقري عليه (٢/٢٨٩-٢٩٠).

تصاب<sup>(١)</sup> الأرض ويسلم ذلك فنهينا، فأما الذهب والورق فلم يكن يومئذ<sup>(٢)</sup>.

وفي رواية له قال: (كنا أكثر أهل المدينة حقلاً وكان أحدنا يكري أرضه، فيقول: هذه القطعة لي وهذه لك، فرما أخرجت ذه ولم تخرج ذه، فنهاهم النبي ﷺ)، وفي رواية: (فرما أخرجت هذه كذا ولم تخرج ذه، فنهينا عن ذلك، ولم ننه عن الورق).

منها ما ورد في صحيح مسلم عن رافع قال: (كنا أكثر أهل الأمصار حقلاً، قال: كنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه فرما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك، وأما الورق فلم ينهنا).

وفيه أيضاً عن حنظلة بن قيس قال: (سألت رافع بن خديج عن كراء الأرض بالذهب والورق. فقال: لا بأس به إنما كان الناس يؤاجرون على عهد رسول الله ﷺ بما على الماذيانات وأقبال الجداول وأشياء من الزرع فيهلك هذا ويسلم هذا، ويهلك هذا ويسلم هذا، فلم يكن للناس كراء إلا هذا، فلذلك زجر عنه، فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس به)<sup>(٣)</sup>.

واستخلص من مجموع هذه الروايات أن الصورة المنهي عنها هي التي يكون عوض المزارعة فيها ما ينبت في مكان معين من الحقل وأن هذا النوع من الكراء

(١) ذكر ابن حجر العسقلاني أن معنى فمما - فكثيراً ما يصاب - ونقل عن الكرمانني أنه قال: يحتمل أن تكون مما بمعنى ربما، لأن حروف الجر تتناوب، ولا سيما من التبعية تناسب رب التقليلية، وقد ورد في بعض روايات الحديث فممنهما في الموضوعين بدل فمما. انظر: فتح الباري (٣/١٣٧).

(٢) صحيح البخاري (٢١٥٩).

(٣) صحيح مسلم (١٥٤٧).

حرام بلا شك عند جميع الفقهاء وأن نظيره في المضاربة حرام أيضاً فلا يجوز فيها اشتراط ربح ثوب بعينه ونحوه؛ لما يترتب على ذلك من قطع الشركة ودخول عنصر الغرر.

واستشهد بقول رافع بن خديج فرما أخرجت هذه ولم تخرج هذه، وبقوله: أنه لم يكن لهم كراء على عهد النبي ﷺ إلا هذا.

وفي هذا دلالة واضحة على أن النهي ينصرف إلى ذلك الكراء المعهود عندهم لا إلى ما تكون الأجرة فيه مضمونة في الذمة.

وأن علة النهي عنه هي ما ينطوي عليه من المخاطرة ومعنى القمار. واستنتج أن هذا هو الذي انتهى عنه عبد الله بن عمر؛ لأنه قال لما حدثه رافع: (قد علمت أنا كنا نكري مزارعنا بما على الأربعاء وبشيء من التين). وبأنه كان يروي حديث معاملة خبير دائماً ويفتي به بالمزارعة على الأرض البيضاء بعد حديث رافع.

فقد روى حرب الكرمانى قال: حدثنا اسحق بن إبراهيم راهويه حدثنا معتمر بن سليمان سمعت كليب بن وائل قال: أتيت ابن عمر فقلت: أتاني رجل له أرض وماء وليس له بذر ولا بقر، فأخذتها بالنصف فبذرت فيها بذري، وعملت فيها ببقرى فناصفته، قال: حسن.

وقال: (حدثنا ابن أخي حزم حدثنا يحيى بن سعيد حدثنا سعيد بن عبيد سمعت سالم بن عبد الله - وأتاه رجل - فقال: الرجل منا ينطلق إلى الرجل فيقول: أجيء ببذري وبقرى وأعمل أرضك، فما أخرج الله منه فلك منه كذا ولي منه كذا قال: لا بأس به ونحن نصنعه).

ثم أشار لما جاء في بعض طرق الحديث " أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع" فذكر أن الكراء المنهي عنه هو ما كانوا يفعلونه من جعل بدل المزارعة ما يثبت في مكان معين ؛ لأن للفظ الكراء - رغم إطلاقه - مسمى معهوداً بين المخاطبين فينصرف إليه.

ثم عرض لقوله صلى الله عليه وسلم " من كانت له أرض فليزرعها أو فليمنحها أخاه وإلا فليسكها" فذكر أن مقتضاه المنع من المؤاجرة والمزارعة إلا أن الأمر فيه للاستحباب لا للوجوب.

وقد يكون الوجوب في أول الأمر لينزجروا عن الكراء الفاسد الذي كانوا يمارسونه ؛ لأن اعتياد النفوس على المعصية قد يستدعي ترك ما يقاربها من المباح لتنفطم عنها انقطاعاً جيداً.

ونظر لذلك بقوله عليه السلام في آنية أهل الكتاب عندما سأله أبو ثعلبة الخشني عنها" إن وجدتم غيرها فلا تأكلوا فيها وإن لم تجدوا غيرها فأرحضوها بالماء"<sup>(١)</sup>. وبأنه صلى الله عليه وسلم لما نهاهم عن لحوم الحمر الأهلية قال في الآنية التي كانوا يطبخونها فيها" أهريقوا ما فيها واكسروها"<sup>(٢)</sup>.

ومن أدلته العقلية على جواز المساقاة والمزارعة وعدم مشابهتها للإجارة ما يلي :

١- أن المساقاة والمزارعة تصرفات تقتضي الاشتراك فيما يتولد من اجتماع المنفعتين : منفعة العين التي لأحدهما كبذنه وبقره ، ومنفعة العين التي للآخر كأرضه وشجره.

(١) صحيح البخاري (٥٤٧٨) ، صحيح مسلم (١٩٣٠).

(٢) صحيح البخاري (٢٩٩١) ، صحيح مسلم (١٩٤٠).

كما تقتضي المشاركة في الغرم عند عدم حصول شيء من ذلك فتذهب على كل منهما منفعتة.

وإن مبنى هذه المشاركات على المعادلة المحضة، حيث لا يأخذ أحدهما شيئاً، ويبقى الآخر تحت الخطر بخلاف بيوع الغرر وإجارة الغرر.

وعلى هذا فالمساقاة والمزارعة تخالف في حقيقتها ومقصودها وحكمها الإجارة المحضة رغم ما فيها من شوب المعاوضة؛ إذ مقصود أحد المتعاقدين في الإجارة هو استيفاء منفعة الآخر.

أما هذه التصرفات فالمقصود فيها هو الاشتراك في الغرم والمغنم، وهي مصلحة محضة للخلق بلا فساد فجوازها أقرب إلى أصول الشريعة من جواز كثير من البيوع والإجازات المجمع عليها<sup>(١)</sup>.

٢- أن المساقاة والمزارعة شبيهان بالمضاربة بجامع أنها أعيان تنمو بالعمل عليها، والمضاربة جائزة باتفاق الفقهاء اتباعاً لما جاء فيها عن الصحابة رضوان الله عليهم فتقاس عليها تلك التصرفات.

بل إن الإمام أحمد رحمه الله كان يرى قياس المضاربة على المساقاة والمزارعة لثبوتها بالنص بينما لا يحفظ في المضاربة بعينها سنة عن النبي ﷺ.

والواقع أن قياس كل منهما على الآخر صحيح لتساويهما.

ويقدر أن القائلين بتحريم المساقاة والمزارعة أثاروا إشكالاً على مشابهتهما للمضاربة فقالوا: بأن الربح في المضاربة لا يتولد من رأس المال بل يحصل بنفس العمل؛ إذ يذهب الأصل ويجيء بدله، أما الثمر والزرع فيتولد من نفس الأصل.

(١) انظر: القواعد الفقهية لابن تيمية ص ١٦٥-١٦٦.



ويبين أن هذا الفرق لا يعدو أن يكون فرقاً صورياً ليس له تأثير في الشرع؛ لأن الربح المستفاد في المضاربة يحصل نتيجة تفاعل مجهود العامل ومنفعة رأس المال، وأن إضافة حصول الربح إلى عمل المضارب ليست بأولى من إضافته إلى منفعة رأس المال، ولو كان لهذا الفرق تأثير لكان اقتضاؤه لجواز المزارعة أولى من اقتضائه لتجوز المضاربة؛ لأن النماء في المزارعة يحصل مع بقاء الأصلين بينما لا يحصل في المضاربة إلا مع ذهاب أحدهما.

وعلى أي حال فهما أشبه بالمضاربة منهما بالمؤاجرة؛ لأن المقصود في المؤاجرة هو العمل ولا بد أن يكون معلوماً، وأن تكون الأجرة مضمونة في الذمة أو عيناً معينة، أما المساقاة والمزارعة فالمقصود فيهما هو النماء، ولا يشترط فيهما معرفة العمل، كما أن العوض ليس عيناً ولا شيئاً في الذمة بل هو بعض النماء الحادث.

فإذا كان وجه الشبه بينهما وبين المضاربة أقوى مما بينهما وبين الإجارة، وكانت الفروق بينهما وبين الإجارة كثيرة والفرق بينهما وبين المضاربة ضعيف، وكان لا بد من إلحاقهما بأحد هذين الأصلين، فالأولى إلحاقهما بما هو أقرب إليهما، وهو المضاربة<sup>(١)</sup>.

وقد ذكر ابن تيمية رحمه الله أن المضاربة لا يحفظ فيها سنة عن النبي صلى الله عليه وسلم وهذا القول تعوزه الدقة فيما أرى، فقد مارس عليه السلام بنفسه الكريمة هذا اللون من التعامل قبل البعثة فخرج إلى الشام يتجر في مال خديجة، وبعث والعرب في مكة وغيرها يتعاقدون بالمضاربة فلم ينكر ذلك عليهم، فإن لم يكن فعله قبل البعثة سنة فتقريره بعد البعثة هو أحد وجوه السنة.

(١) انظر: القواعد الفقهية لابن تيمية ص ١٦٧.

٣- أن لفظ الإجارة له معنى عام، ومعنى خاص. فيطلق هذا اللفظ - بالمعنى العام - على بذل المنفعة بعوض سواء كانا معلومين أو مجهولين، ويدخل تحته المهر، لما ورد في القرآن الكريم من تسميته أجراً قال تعالى: «فَمَا آسَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» للنساء: ١٢٤.

كما تدخل الجعالة أيضاً تحت لفظ الإجارة بهذا المعنى.

أما الإجارة الخاصة فهي التي يقع العقد فيها على عين أو على عمل في الذمة، وتكون المنفعة والعوض فيها معلومين، وهي شبيهة بالبيع في عامة أحكامه، وإذا أطلق المتأخرون من الفقهاء لفظ الإجارة أرادوا به هذا المعنى.

وعلى هذا فمن كيف المساقاة والمزارعة ونحوها بالإجارة، سئل عن مقصوده، فإن أراد الإجارة الخاصة فقد أخطأ، لما بين هذه المشاركات وبين الإجارة الخاصة من فروق كبيرة، وإن أراد أنها تدخل في المعنى العام للفظ الإجارة سلم له بذلك وطولب بالدليل على تحريمها إلا بعوض معلوم، ولن يجد إلى ذلك سبيلاً.

ويدعم ابن تيمية رأيه هذا بقياس العكس وهو أن يثبت في الفرع نقيض حكم الأصل، لانتفاء العلة الموجودة لحكم الأصل<sup>(١)</sup>.

فيقول: إن سبب وجوب معرفة العوض في الإجارة هو خشية تسرب عنصر الغرر إلى هذا العقد؛ لأن المجهول غرر، وهذا المعنى منتف في المساقاة والمزارعة وما في حكمها؛ لأن مبناها على المعادلة المحضة التي ليس فيها ظلم لأحد المتعاقدين لا في غرر ولا في غير غرر<sup>(٢)</sup>.

\*\*\*\*\*

(١) انظر: القواعد الفقهية لابن تيمية ص ١٧٠.

(٢) انظر: القواعد الفقهية لابن تيمية ص ١٦٥ وما بعدها.

## الباب الرابع الجهالة في عقود الاستيثاق

- وفيه ثلاثة فصول:
- الفصل الأول: الرهن.
- الفصل الثاني: الحوالة.
- الفصل الثالث: الكفالة.



## الفصل الأول

### الرهن

اتفق الحنفية - من حيث المبدأ - على اشتراط العلم بالرهون. ثم اختلفت وجهات نظرهم بعد ذلك، فذهب جمهورهم إلى أن العلم بالرهون شرط لصحة الرهن، وقال أبو يوسف: هو شرط للانعقاد. وعلى هذا يكون رهن المجهول باطلاً من وجهة نظره. والعلة في منع رهن المجهول ما قد يؤدي إليه من النزاع بين المتعاقدين. قال في الفتاوى الهندية<sup>(١)</sup>: «رهن شاتين بثلاثين إحداهما بعشرة والأخرى بعشرين ولم يبين أيهما لم يجز؛ لأن بسبب هذه الجهالة تقع بينهما المنازعة عند الهلاك، فإذا هلكت إحداهما لا يدري ماذا سقط من الدين بإزائها. ولو بين، وهلكت إحداهما سقط الدين بقدرها».

ونقل المحاسني في شرح المجلة<sup>(٢)</sup> عن فتاوى ابن السعودي أفندي: «لا يجوز رهن المجهول فإذا قال الراهن للمرتهن: رهنت عندك هاتين الغنمتين بمقابل عشر ليرات، ولم يعين القيمة التي رهنت كل غنمة بمقابلها لا يصح الرهن». وفيه أيضاً: «يجب لصحة الرهن أن يكون المرهون معلوماً عند الطرفين خلافاً لأبي يوسف حيث قال: بأن الجهالة تجعل الرهن باطلاً؛ لأن معلومية الرهن عنده من شروط الانعقاد لا من شروط الصحة».

يجب أن لا يكون المرهون مجهولاً جهالة فاحشة تؤدي إلى النزاع بحق الضمان كرهن دابتين بمقابل ثلاثين ليرة أحدهما في مقابل عشر ليرات، والثانية في مقابل عشرين إذا لم يعين الراهن أيهما بمقابل العشرة، وأيهما في مقابل العشرين».

(١) (٤٣٦/٥).

(٢) (٦٨/٢).

كما يشترط الشافعية والحنبلة أيضاً معرفة الرهن قدرًا وصفة؛ لأنه عقد على مال فلا بد من العلم به كسائر العقود<sup>(١)</sup>.

«ولأن الصفات مقصودة في الرهن للوفاء بالدين كما أنها مقصودة في البيع للوفاء بالثمن»<sup>(٢)</sup>.

وقد رأينا فيما سبق أن بيع المجهول لا يجوز فلا يجوز رهنه أيضاً سواء كان مجهولاً عند العقد كما لو رهن هذا المنزل بما فيه، أو كان مجهولاً عند حلول الحق كما لو رهن ثمرة إلى أجل فحدثت في ذلك الأجل ثمرة أخرى لا تتميز<sup>(٣)</sup>.  
ويصح رهن المنزل ونحوه إذا لم يقل بما فيه، لانتفاء الجهالة في هذه الصورة<sup>(٤)</sup>.

\* \* \* \* \*

(١) انظر: رءوس المسائل للهاشمي ص ١٤٧، والإنصاف للمرداوي (١٣٧/٥)، وكشاف القناع (٢٦٥/٣).

(٢) المهذب للشيرازي (٣٠٩/١).

(٣) انظر: كشاف القناع (٢٧١/٣).

(٤) انظر: كشاف القناع (٢٦٥/٣).

## الفصل الثاني

### الحوالة

الحوالة هي نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه<sup>(١)</sup>. ويشترط لصحتها أن يكون المحال به معلوماً سواء كُيفت الحوالة بأنها بيع، أو كُيفت بأنها عقد إرفاق منفرد بنفسه ليس محمولاً على غيره؛ لأنها إن كانت بيعاً فيصح المجهول لا يصح، وإن كانت تحوُّل حق فلا بد فيها من التسليم والجهالة تحول دون ذلك<sup>(٢)</sup>.

واختلف الشافعية في صحة الحوالة بإبل الدية وعليها، فمنهم من منع ذلك؛ لأنها مجهولة الصفة فلا تجوز الحوالة بها، ومنهم من أجازها؛ لأنها معلومة العدد والسن.

وصورة هذه المسألة: أن يجني رجل على رجل موضحة ثم يجني المجني عليه على آخر موضحة فيجب عليه خمس من الإبل فيحيل المجني عليه أولاً وهو الجاني ثانياً، المجني عليه ثانياً على الجاني أولاً بالخمس من الإبل<sup>(٣)</sup>.

تقول المادة (٦٨٨) من المجلة: «كل دين تصح به الكفالة تصح الحوالة به لكن يلزم أن يكون المحال به معلوماً فلا تصح حوالة الدين المجهول مثلاً لو قال: قبلت دينك الذي سيثبت على فلان لا تصح الحوالة».

وتنص المادة (٨٨٥) من مرشد الحيران على ما يأتي: «كل دين تصح به الكفالة فالحوالة به صحيحة بشرط أن يكون معلوماً فلا تصح الحوالة بالدين المجهول...»

(١) المادة (٨٧٦) من مرشد الحيران.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة، (٥٤/٥، ٥٧).

(٣) انظر: مغني المحتاج للشربيني (١٩٥/٢).

## الفصل الثالث

### الكفالة

#### المبحث الأول

#### الكفالة بالمال

ليس لجهالة مقدار المكفول به تأثير في صحة الكفالة المالية عند الأحناف، لابتنائها على التوسع، ولما فيها من معنى التبرع، فإذا قال شخص: أنا كفيل بدين فلان على فلان صحت بالرغم من عدم معرفته بقدر ذلك الدين.

قال في البدائع<sup>(١)</sup>: «ولو كفّل عن رجل بما لفلان عليه أو بما يدركه في هذا البيع جاز، لأن جهالة قدر المكفول به لا تمنع صحة الكفالة. قال الله تعالى جل شأنه: ﴿وَلَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ ليوسف: ١٧٢. أجاز الله تعالى عز شأنه الكفالة بحمل البعير مع أن الحمل يحتمل الزيادة والنقصان والله عز وجل أعلم»<sup>(٢)</sup>.

لكن تجب معرفة الأصيل فإن كان مجهولاً كما لو قال شخص: كفلت على أحد من الناس، لم تصح؛ لعدم تعارف الكفالة على هذا الوجه. كما تجب أيضاً معرفة المكفول له؛ لأن الغرض الذي شرعت الكفالة من أجله هو التوثق، فإذا كان المكفول له مجهولاً لم يكن هناك مبرر لجوازها<sup>(٣)</sup>. ولا بأس بتأجيل الكفالة إلى أجل يسير الجهالة كالحصاد والدياس والنيروز؛ لأن جهالة هذه الآجال لا تعدو أن تكون جهالة تقديم وتأخير، فلا تؤدي إلى

(١) (٩/٦).

(٢) انظر: المادة (٨٥٢) من مرشد الحيران.

(٣) انظر: البدائع (٦/٦).



النزاع في باب الكفالة، بحكم إمكان استيفاء الحق من الأصيل وقيام العرف بتأجيلها إلى مثل هذه الآجال، ولهذا اغتفر فيها من الجهالة ما لم يغتفر لغيرها من العقود كالبيع ونحوه، واعتبرت الجهالة الناشئة من التأجيل إلى الحصاد ونحوه جهالة يسيرة فيها بينما تعتبر جهالة كثيرة في باب البيع.

وإذا أجلت إلى أجل شديد الجهالة كنزول المطر وهبوب الرياح ونحو ذلك بطل الأجل وحده والكفالة صحيحة<sup>(١)</sup>.

ويعبر الحنابلة عن الكفالة المالية بالضمان ويرون صحة ضمان المجهول كأن يضمن شخص ديناً على آخر دون معرفة مقداره، أو يضمن ما يقر به مدينه أو ما تقوم به عليه البينة، أو ما يخرج الحساب بينهما أو ما يحكم به القاضي عليه، ووجبتهم في ذلك أن الضمان التزام حق في الذمة من غير معاوضة فلا تنافيه الجهالة، كما يحتجون كالحنفية بقوله تعالى: «وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ» [يوسف: ١٧٢] والحمل مجهول المقدار يختلف باختلاف البعير قوة وضعفاً.

لكن يشترط لصحة ضمان المجهول أن يؤول إلى العلم فلا يجوز على الصحيح من المذهب ضمان جزء مبهم من الدين أو حظ أو شيء منه، لعدم أيلولة ذلك إلى العلم.

وقال أبو الخطاب: «يصح، ويفسره الضامن»<sup>(٢)</sup>.

أما إبهام الدين المضمون كله فقد اتفق الحنابلة على منعه، فلم يجيزوا ضمان أحد هذين الدينين.

(١) انظر: البدائع (٣/٦).

(٢) انظر: الإنصاف (١٩٥/٥).

قال في المغني<sup>(١)</sup>: «وقد دلت مسألة الخرقى على أحكام منها: صحة ضمان المجهول لقوله: ما أعطيته فهو علي، وهذا مجهول، فمتى قال: أنا ضامن لك مالك على فلان أو ما يقضى به عليه أو ما تقوم به البينة أو ما يقربه لك أو ما يخرج في روزمانجك صح الضمان وبهذا قال أبو حنيفة ومالك».

وقال الثوري والليث وابن أبي ليلى والشافعي وابن المنذر: «لا يصح؛ لأنه التزام مال فلم يصح مجهولاً كالثمن في البيع. ولنا قول الله تعالى: «وَلَمَن جَاءَ بِهِ جَمَلٌ بَعِيرٌ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ» إيوسف: ١١٢. وحمل البعير غير معلوم؛ لأن حمل البعير يختلف باختلافه، وعموم قوله بِالْإِسْلَامِ: (الزعيم غارم)؛ ولأنه التزام حق في الذمة من غير معاوضة فصح في المجهول كالنذر والإقرار».

وقال في الإنصاف: «لا يصح ضمان بعض الدين منهما على الصحيح من المذهب جزم به في المحرر وتذكرة ابن عبدوس وغيرهما، وقدمه في الفروع والرعايتين والحاويين والفائق، وقال أبو الخطاب يصح ويفسره ولو ضمن أحد هذين الدينين لم يصح قولاً واحداً»<sup>(٢)</sup>.

وقد أجاز ابن تيمية ضمان حارس ونحوه وتجار حرب ما يذهب من البلد أو البحر؛ لأن ذلك لا يعدو أن يكون ضمان مال مجهول، أو ضمان مال لم يجب بعد<sup>(٣)</sup>.

ويرى المالكية أن الضمان معروف فلا تنافيه الجهالة سواء تعلق بالحق المضمون كأن يقول شخص: ضمنت كل ما على زيد لعمره وهو لا يعلم وقت

(١) (٧٢/٥).

(٢) (١٩٥/٥)، وانظر: في هذا الموضوع أيضاً رءوس المسائل للهاشمي ص ١٥٣. والإفصاح لابن هبيرة ص ٢٠٢ ط حلب. والمستوعب للسامري (٢٨٦/٢). والمبدع لابن مفلح (٤١/٢).

(٣) انظر: كشاف القناع للشيخ منصور البهوتي (٣٠٤/٣).

الضمان قدر ما عليه، أو تعلقت بالمضمون له كما لو قال الضامن: ضمنت الدين الذي على زيد للناس وهو لا يعلم عين من له الدين<sup>(١)</sup>. أو تعلقت بأجل الضمان كما لو ضمن ما على فلان إلى خروج العطاء ونحوه من الآجال المجهولة<sup>(٢)</sup>. قال في القوانين الفقهية<sup>(٣)</sup>: «ويجوز ضمان المال المعلوم اتفاقاً والمجهول خلافاً للشافعي».

وذهب الشافعية إلى عدم جواز ضمان المجهول؛ لأن الضمان إثبات مال في الذمة بعقد لأدمي فلا يجوز مع الجهالة كالثمن في البيع كما يقول صاحب المهذب<sup>(٤)</sup>.

ومنع الظاهرية ضمان المجهول أيضاً محتجين بقوله تعالى: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ» النساء: ٢٩، ويقول عليه الصلاة والسلام: (لا يحل مال مسلم إلا بطيب نفس منه)<sup>(٥)</sup>. وقالوا: أن التراضي وطيب النفس لا يكون إلا على معلوم القدر وهذا أمر يعرف بالحس والمشاهدة<sup>(٦)</sup>.

\*\*\*

(١) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٣٣٤).

(٢) انظر: المدونة الكبرى (١٣/١٣٢).

(٣) ص ٣١٢. وانظر: الخطاب (٥/١٠٠) ط السعادة، والمواق (٥/١٠٠) مع الخطاب، وبداية المجتهد (٢/٣٣٤).

(٤) المهذب للشيرازي (١/٣٤٠).

(٥) رواه الحاكم من حديث ابن عباس بهذا اللفظ وفي سننه العرزمي وهو ضعيف، وروى بلفظ لا يحل لامرئ أن يأخذ عصى أخيه بغير طيب نفس منه من حديث أبي حميد الساعدي رواه ابن حبان (١١٦٦).

(٦) المحلى لابن حزم (٨/١١٧).

## المبحث الثاني الكفالة بالنفس

يشترط الحنفية لصحتها أن يكون المكفول به معلوماً<sup>(١)</sup>، غير أنهم يغتفرون الجهالة اليسيرة فيها، فإذا قال شخص لآخر: بع مالك من أحد هذين الرجلين: وأنا كفيل من تبعه له فإن الكفالة تصح<sup>(٢)</sup>.

ولا بد من معرفة الأصيل في هذا النوع من الكفالة أيضاً، وتجاوز الكفالة بأحد شيئين غير عين كأن يكفل بنفس رجل أو بما عليه؛ لأن هذه الجهالة يمكن دفعها بالبيان<sup>(٣)</sup>.

كما يشترط الحنابلة أيضاً العلم بالمكفول به في الكفالة بالنفس فلا تصح كفالة شخص غير معين كأحد هذين المدنين.

وفي المذهب قول بصحة ذلك، لأن الكفالة تبرع كالإعارة والإباحة. جاء في الإنصاف<sup>(٤)</sup>: «قوله: (ولا بغير معين كأحد هذين) هذا المذهب، وعليه أكثر الأصحاب، وقطع به أكثرهم وقيل تصح؛ لأنه تبرع فهو كالإعارة والإباحة ذكره في القاعدة الخامسة بعد المائة».

ويبدو أن هناك علة أخرى غير الجهالة لمنع الكفالة بغير معين وهي عدم إمكان التسليم. وقد أشار الشيخ منصور البهوتي إلى ذلك حيث يقول في كشف القناع<sup>(٥)</sup>:

(١) انظر: المادة (٦٣٠) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) انظر: شرح المجلة للمحاسني (١١/٢).

(٣) انظر: البدائع (٩/٦).

(٤) (٢١٠/٥).

(٥) (٣١٢/٣).

«ولا تصح الكفالة بغير معين ككفلت أحد هذين المدينين لأنّ المكفول غير معلوم في الحال ولا المآل فلا يمكن تسليمه».

ولا يصح تأجيل الكفالة أو الضمان إلى أجل فاحش الجهالة لما يترتب عليه من الحيلولة دون حصول مقصودهما.

أما تأجيلهما إلى الحصاد والجذاد والعتاء ونحوه فيخرجه الحنابلة على وجهين لهم في تأجيل البيع إلى هذه الآجال؛ ورجح ابن قدامة في المغني صحة ذلك؛ لأن الكفالة تبرع بدون عوض، وما دام الغرض من هذين العقدين هو التوثق فجهالة تلك الآجال لا تحول دونه؛ لأنها يسيرة، وهذا الرأي يتفق مع المذهب الحنفي كما تقدم.

جاء في المغني<sup>(١)</sup>: «(فصل) وإن كفل إلى أجل مجهول لم تصح الكفالة وبهذا قال الشافعي؛ لأنه وقت يستحق مطالبته فيه وهكذا الضمان، وإن جعله إلى الحصاد والجذاد والعتاء خرج على الوجهين كالأجل في البيع، والأولى صحتها هنا؛ لأنه تبرع من غير عوض جعل له أجلاً لا يمنع من حصول المقصود منه فصح كالنذر، وهكذا كل مجهول لا يمنع مقصود الكفالة».

وقد روي عن الشافعي رحمته الله في أخير قوله أن الكفالة بالبدن ضعيفة، واختلف أصحابه في ذلك، فقال بعضهم: هي صحيحة غير أن الإمام كان يريد أنها ضعيفة من جهة القياس، وقال آخرون: بل هي على قولين: أحدهما: أنها تصح؛ لأن البدن يستحق تسليمه بالعقد فتجوز الكفالة به كالدين. ولما روى أبو اسحق السبيعي عن حارثة بن مضرب قال: صليت مع عبد الله بن

مسعود الغداة فلما سلم قام رجل فحمد الله وأثنى عليه، وقال: أما بعد فوالله لقد بت البارحة وما في نفسي على أحد أحنة وإني كنت استطرقت رجلاً من بني حنيفة، وكان أمرني أن آتية بغلس فأنتهيت إلى مسجد بني حنيفة، مسجد عبد الله بن نواحة، فسمعت مؤذنه يشهد أن لا إله إلا الله وأن مسيلمة رسول الله، فكذبت سمعي وكففت فرسي حتى سمعت أهل المسجد قد تواطأوا على ذلك. فقال عبد الله بن مسعود: عليّ بعبد الله ابن النواحة. فحضر واعترف، فقال له عبد الله: أين ما كنت تقرأ من القرآن. قال: كنت أتقاكم به. فقال له: تب، فأبى فأمر به فأخرج إلى السوق فجزّ رأسه.

ثم شاور أصحاب محمد ﷺ في بقية القوم. فقال عدي بن حاتم: ثولول كفر قد طلع رأسه فاحسمه. وقال جرير بن عبد الله والأشعث بن قيس: استتبهم فإن تابوا كفلهم عشائهم فاستتابهم فتابوا وكفلهم عشائهم<sup>(١)</sup>. والثاني: أنها لا تصح، لأنها ضمان عين في الذمة بعقد. وذلك غرر، لاحتمال تلفها وتعذر تسليمها فهي كالسلم في ثمر نخلة معينة<sup>(٢)</sup>.

\*\*\*\*\*

(١) انظر: المهذب (١/٣٤٢-٣٤٣). والأثر رواه البيهقي (١٠٥٥٧)، وأخرج بعضه البخاري تعليقاً.

(٢) انظر: الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير (٣/٤٠٥).

## الباب الخامس

# الجهالة في التبرعات

وفيه تمهيد وثلاثة فصول:

الفصل الأول: العارية.

الفصل الثاني: الهبة.

الفصل الثالث: الوصية لشخص معين، أو أشخاص

معينين.





## تمهيد

تقتضي طبيعة التبادل المالي أن لا يتعرض أحد المتعاقدين للخطر. ولهذا نجد الفقهاء يحذرون الغرر كثيراً في المعاوزات وإن أدى ذلك إلى تضيق نطاق التعامل.

ولما كان المتبرع لا يريد الحصول على عوض في مقابل ما يتبرع به فقد نظر الفقهاء إلى المتبرعات نظرة ملؤها التسامح فاغترفوا فيها من الغرر ما لم يغتفروه في عقود المعاوضة.

على أنهم لم يكونوا على قول سواء بالنسبة لكافة التبرعات.

فقد تعارضت وجهات نظرهم في تعيين المستعار، فقال الحنفية بوجوبه، وذهب الشافعية إلى أن تعيينه ليس بشرط عند الاستعارة. واختلفوا في هبة المجهول، فمنعتها المذاهب الثلاثة في الجملة وأجازها المالكية. أما الوصية بالمجهول فقد اتفقت المذاهب الأربعة على صحتها؛ لأن الوصية خلافة عن الموصى تجري مجرى ما أجملناه.

\*\*\*\*\*

## الفصل الأول

### العارية

يجب تعيين المستعار عند الأحناف، على ما نصت عليه المادة (٨١١) من مجلة الأحكام العدلية، فإذا أعار شخص إحدى دابتين دون أن يعين واحدة منهما، ولم يخير المستعير في ذلك لم تصح العارية، فإن خيره في أخذ أيهما شاء عارية صحت.

جاء في مختصر أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ علي الخفيف<sup>(١)</sup>: «وكذلك يشترط تعيينها، فإذا أعار شخص صديقه سيارة من سياراته لم تصح العارية إلا إذا جعل له أن يأخذ ما شاء منها».

لكن جاء في مجمع الأنهر أن الجهل في العارية غير مضر؛ لأنه لا يؤدي إلى النزاع، إذ المعير يملك الرجوع فيها في أي لحظة<sup>(٢)</sup>.

ويرى الشافعية أن تعيين المستعار ليس بشرط عند الاستعارة، فإذا قال شخص لآخر أعرنى دابتك، فقال المالك: ادخل الإسطبل وخذ ما شئت صحت العارية؛ لأنها تبرع، والغرر يحتمل في التبرعات، بخلاف الإجارة فالجهالة فيها تؤثر في صحة العقد لأنها من عقود المعاوضة<sup>(٣)</sup>.

\*\*\*\*\*

(١) ص ٢٢٢.

(٢) انظر: مجمع الأنهر (٢/٦٤٦).

(٣) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز (١١/٢١٤)، وتحفة المحتاج (٥/٤١٦).

## الفصل الثاني

### الهبته

يشترط الحنفية لصحة الهبة أن يكون الموهوب معلوماً للواهب إذا كان عيناً، فلو وهب شخص شيئاً من المال، أو وهب إحدى هاتين السيارتين لا على التعيين، أو وهب الوارث نصيبه من التركة قبل العلم بها لم تصح الهبة لجهالة الموهوب، ولا تضر جهالته بالنسبة للموهوب له.

أما هبة الديون فلا يشترط فيها أن يكون الموهوب معلوماً لأنها إبراء، والجهالة لا تنافي ذلك، فإذا كان لشخص عند آخر مبلغ مائة جنيه بسبب القرض ومائة أخرى بسبب آخر، فوهب الدائن منها مائة جنيه للمدين صحت الهبة، وانحصر تعيين الجهة في الواهب حال كونه حياً، وفي وارثه بعد موته<sup>(١)</sup>.

ويرى الشافعية أن ما لا يجوز بيعه لا تصح هبته، فلا يجيزون هبة المجهول، لعدم جواز بيعه، لأن الهبة تمليك في الحياة فتحكمها قاعدة انتفاء الجهالة في التصرفات الناقلة للملكية؛ لكن يستثنى من تلك القاعدة العامة مسائل دعت إليها الضرورة فاغترت الجهالة فيها. منها: ما لو اختلط حمام برجين فوهب صاحب أحدهما نصيبه للآخر صحت هبته، بالرغم من جهالة قدر وصفة الموهوب.

ومنها: ما لو اختلطت حنطته بحنطة غيره، أو مائعه بمائع غيره أو ثمرته بثمره غيره، لصعوبة أو تعذر تمييز ذلك.

ومنها: إذا لم يعلم الورثة مقدار ما لكل منهم من الميراث كما لو خلف ولدين أحدهما خشي فتواها جاز ذلك.

(١) انظر: المادة (٨٥٨) من المجلة وشرحها للمحاسني (٢/٢٢٧).

ومنها: أنه يجوز اصطلاح الذين وقف المال بينهم على تساو أو تفاوت إذا جرى بينهم تواهب، ولا يكون تواهبهم إلا عن جهالة لكنها مغتفرة للضرورة<sup>(١)</sup>.

ويفرق الحنابلة - في معرض هبة المجهول - بين ما يتعذر علمه وبين ما لا يتعذر علمه، فيجيزون هبة ما تعذر علمه كما يجوز الصلح على المجهول المتعذر علمه، وهذا هو الصحيح من المذهب قطع به في المحرر والنظم والفروع والمنور وغيرهم، وهو ظاهر ما جزم به في الرعايتين والحاوي الصغير<sup>(٢)</sup>.

غير أن بعض الأصحاب قد ذكر أن هبة المجهول لا تصح من غير تفصيل، وظاهر ذلك أن هبة ما يتعذر علمه لا تصح أيضاً.

أما ما لم يتعذر علمه فلا تصح هبته عند جمهور الحنابلة كما لو قال شخص لآخر: وهبت لك شاة من غنمي.

ومال ابن قدامة إلى اعتبار العلم بالموهوب بالنسبة للواهب، لأن جهالة الموهوب غرر في حقه، وعدم اعتباره بالنسبة للموهوب له، حيث لا غرر في حقه كالموصى له<sup>(٣)</sup>.

واختار ابن تيمية والحرثي صحة هبة المجهول.

أما المالكية فيجيزون هبة المجهول كأن يهب شخص لآخر نصيبه من ميراث فلان، وهو لا يعرف مقداره، أو يهب ما يخصه من المنزل الفلاني أو الأرض

(١) انظر: الوجيز للغزالي (٢٤٩/١) ط الآداب والمؤيد بمصر، ومغنى المحتاج للشرييني

(٢/٣٩٩).

(٢) انظر: الإنصاف (١٣٢/٧).

(٣) انظر: المغني (٢٥٥/٦).

الفلانية، وهو لا يعرف قدر ذلك، ولا يؤثر في صحة الهبة ظهور كثرة الموهوب بعدها.

قال في بداية المجتهد<sup>(١)</sup>: «ولا خلاف في المذهب في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود وبالجملة كل ما لا يصح بيعه في الشرع من جهة الغرر. وقال الشافعي ما جاز بيعه جازت هبته كالدين وما لم يجز بيعه لم تجز هبته». ويقول الخطاب: «(وإن كان مجهولاً) وقال في المدونة: والغرر في الهبة لغير الثواب يجوز إلا في البيع، ومن وهب لرجل موروثة من فلان وهو لا يدري كم هو سدس أو ربع أو وهبه نصيبه من دار أو جدار وهو لا يدري كم ذلك فذلك جائز انتهى. ونقله في النوادر في كتاب الهبات والصدقات عن كتاب ابن المواز وقال قبله: قال أبو محمد: وأعرف لابن القاسم في غير موضع أن هبة المجهول جائز. وقال ابن عبد الحكم: تجوز هبة المجهول ولو ظهر له أنها كثير بعد ذلك»<sup>(٢)</sup>.

\*\*\*\*\*

(١) (٢٢٤/٢).

(٢) (٥١/٦).

## الفصل الثالث

### الوصية لشخص معين أو أشخاص معينين

الوصية خلافة عن الموصى تجري مجرى الميراث، والوارث يخلف مورثه في تركته مع جهالة فكذلك الموصى له.

وقد اتفقت المذاهب الأربعة على صحة الوصية بالمجهول كما لو أوصى شخص لآخر بسيارة من سياراته. أو شاة من غنمه أو نخلة من نخيله.

قال في بدائع الصنائع<sup>(١)</sup>: «وذكر ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف رحمه الله تعالى فقال إذا أوصى رجل فقال لفلان شاة من غنمي أو نخلة من نخلي أو جارية من جوارى ولم يقل من غنمي هذه، ولا من جوارى هؤلاء ولا من نخلي هذه فإن الوصية في هذا تقع يوم موت الموصى ولا تقع يوم أوصى حتى لو ماتت غنمه تلك أو باعها فاشتري مكانها أخرى أو ماتت جواريه فاشتري غيرهن أو باع النخل واشتري غيرها فإن للموصى له نخلة من نخله يوم يموت، وليس للورثة أن يعطوه غير ذلك لما بيننا أن الوصية عقد مضاف إلى الموت فكأنه قال في تلك الحالة لفلان شاة من غنمي فيستحق شاة من الموجود دون ما قبله.

قال ولو قال أوصيت له بشاة من غنمي هذه أو بجارية من جوارى هؤلاء أو قال قد أوصيت له بإحدى جارىتي هاتين فهذا على هذه الغنم وهؤلاء الجوارى لأنه عين الموصى به وهو الشاة من الغنم المشار إليها حتى لو ماتت الغنم أو باعها بطلت الوصية كما لو قال: أوصيت بهذه الشاة أو بهذه الجارية فهلكت».

وقال في نهاية المحتاج<sup>(١)</sup>: «وتصح بالحمل الموجود واللبن في الضرع وبكل مجهول ومعجوز عن تسليمه وتسلمه».

وقال ابن قدامة: «(مسألة) قال: (وإذا أوصى بعبد من عبده لرجل ولم يسم العبد كان له أحدهم بالقرعة إذا كان يخرج من الثلث وإلا ملك منه بقدر الثلث) وجملة ذلك أن الوصية بغير معين كعبد من عبده وشاة من غنمه تصح، وقد ذكرنا أن الوصية بالمجهول تصح فيما مضى، وبه يقول مالك والشافعي وإسحق<sup>(٢)</sup>».

وقال في الشرح الكبير للدردير<sup>(٣)</sup>: «وإن أوصى بشاة من غنمه أو بعبد من عبده أو أوصى بعدد من ماله غنماً أو غيرها كأعطوه عشرة من غنمي أو من عبيدي أو من إبلي شارك الموصى له ورثة الميت بالجزء. أي بنسبة الجزء الذي أوصى به إلى الموصى فيه من غنم أو غيرها».

واختلفت الرواية عن الإمام أحمد فيما يعطى الموصى له في الوصية بغير معين.

فروى ابن منصور أن الورثة يعطونه ما شاءوا مما أوصى له به، وهذا هو المذهب<sup>(٤)</sup>.

وهناك رواية أخرى عن الإمام أنه يعطى واحداً بالقرعة، وأخذ بها الخراقي كما تقدم.

\*\*\*\*\*

(١) (٥٠/٦) ط الحلبي.

(٢) انظر: المغني (٥٨١/٦).

(٣) (٤٣٩/٤)، انظر: المواق على هامش الخطاب (٣٧٥/٦)

(٤) انظر: الإنصاف (٢٥٥/٧).





## الباب السادس الجهالة في عقد الوكالة



## الوكالة نوعان عامة وخاصة

فالوكالة العامة هي التي يكون الإيجاب فيها عاماً كأن توكل شخصاً في كل ما يجوز لك مباشرته من التصرفات، أو توكله في شراء ما يشاء أو ما يرى أو ما يتيسر له من الثياب والدواب ونحوها.

وتصح الوكالة العامة مع عدم بيان النوع والصفة والثلث عند الحنفية والمالكية، وأما الشافعية والحنابلة فيمنعونها؛ لما فيها من المخاطرة والغرر الكثير<sup>(١)</sup>.

أما الوكالة الخاصة فهي التي يكون الإيجاب فيها خاصاً بتصرف معين كشراء ثوب ونحوه<sup>(٢)</sup>.

ويشترط لصحتها أن تكون في تصرف معلوم على اختلاف بين الفقهاء وتفصيل لهذه التصرفات وأنواع الجهالة فيها.

فعند الحنفية يشترط لصحتها انتفاء الجهالة الفاحشة والمتوسطة.

فالجهالة الفاحشة هي جهالة الجنس كما لو كان الموكل به يشتمل على أجناس مختلفة كالدابة ونحوها، لأنها في الحقيقة اسم لما دب على وجه الأرض. فيدخل تحتها أجناس شتى من الخيل والإبل ونحوها.

ولا ترتفع جهالة الجنس بتسمية الثمن؛ لأن كل جنس يؤخذ بما سمي منه.

(١) انظر: بدائع الصنائع (٣/٦)؛ المهذب (٣٥٠/١)؛ المغني لابن قدامة (٢١١/٥)؛ الخطاب (١٨٢/٥).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٣/٦)، ومختصر أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ على الخفيف ص ١٢٣.

وتعتبر جهالة قدر المكيلات والموزونات جهالة فاحشة، فإذا وكل شخصاً أن يشتري له حنطة، لم تصح هذه الوكالة؛ لعدم قدرة الوكيل على تحصيل مقصود الموكل، ولا تقل الجهالة إلا بذكر أحد أمرين إما قدر الثمن أو قدر الثمن<sup>(١)</sup>.

والجهالة المتوسطة هي: جهالة النوع الذي تتفاوت قيم آحاده تفاوتاً فاحشاً<sup>(٢)</sup>، كما لو وكله في شراء دار دون أن يصفها أو يعين ثمنها؛ لأن الدور تختلف من بلد إلى آخر، ومن محلة إلى أخرى، بل من شارع إلى آخر، كما تختلف من حيث السعة والضيق، واستقامة الجيران وانحرافهم، وكثرة المرافق وقتها، فإن وصف الدار أو سمي ثمنها صحت الوكالة.

ويشترط بعض الحنفية لصحة الوكالة الجمع بين الوصف وذكر الثمن<sup>(٣)</sup>. ومقتضى القياس في المذهب الحنفي أن جهالة الموكل به في الوكالة الخاصة تمنع صحة التوكيل سواء كانت قليلة أو كثيرة فلا بد من بيان النوع والصفة وقدر الثمن غير أنهم يغتفرون الجهالة اليسيرة استحساناً، مثل جهالة الصفة بعد تسمية الجنس والنوع فيما لو وكله أن يشتري له ثوباً هروياً ونحوه، لأن هذه الجهالة يمكن استدراكها فلا تؤثر في صحة العقد بحكم أن الأوصاف ثلاثة الجيد والوسط والرديء فيتمكن الوكيل من أن يحصل مقصود موكله، فضلاً عن أن مبنى الوكالة على التسامح والتوسع. والغرض منها الرفق بالناس بخلاف البيع فهو عقد معاوضة مبني على الماكسة والمضايقة فتؤثر فيه الجهالة اليسيرة لما تؤدي إليه من النزاع.

(١) انظر: بدائع الصنائع (٦/٢٤).

(٢) انظر: مختصر أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ علي الخفيف ص ١٢٦.

(٣) انظر: مختصر أحكام المعاملات الشرعية للعلامة الأستاذ علي الخفيف ص ١٢٦.

وينبغي أن تكون الصفة معلومة بحال الموكل فلو وكل شخصاً في شراء شاة أو نحوها ولم يصفها ولا ذكر ثمنها لم تصح الوكالة، لأن صفة الشاة لا تصير معلومة بحال الموكل.

ولو وكله في شراء فرس أو بعير دون أن يذكر لذلك صفة أو ثمناً صحت الوكالة لتسمية نوع الموكل به، ومعرفة صفته بحال الموكل<sup>(١)</sup>.

والمعول في ذلك كله قلة الجهالة أو كثرتها، فمتى كانت كثيرة لم تصح الوكالة، وإذا كانت قليلة صحت.

ومع أن الشافعية لا يصححون الوكالة العامة؛ إلا أنهم يصححون الوكالة في بيع جميع مال الموكل أو قبض ديونه كلها؛ لأنه يعرف ماله وديونه، كما تصح في بيع ما شاء الوكيل من مال الموكل، وقبض ما شاء من ديونه؛ لأنه يعرف أقصى ما يبيع ويقبض، ولا بد لصحة الوكالة الخاصة - إذا لم يكن الموكل به معلوماً - أن يذكر نوعه وقدر ثمنه كأن يقول: اشتري ثوباً هروياً بمائة.

واختلفوا فيما ذكر نوعه ولم يقدر ثمنه فصححه بعضهم؛ لأنه يحمل على أغلى ذلك النوع ثمناً ومنعه آخرون؛ لأن أثمان المبيعات متفاوتة.

ويجب في الوكالة في الإبراء بيان جنس وقدر المبرئ منه كما يجب في الوكالة في الإقرار - على القول بصحة التوكيل فيه - أن يبين جنس وقدر ما يقربه.

وفي الوكالة في خصومه كل من يخاصمه وجهان:

أحدهما: أنها جائز؛ لأن الخصومة معلومة.

والثاني: أنها لا تجوز؛ لأن الخصومات قد تقل وقد تكثر<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر: بدائع الصنائع (٦/٢٤).

(٢) انظر: المهذب (١/٣٥٠).

وقد أشار ابن قدامة في المغني<sup>(١)</sup> إلى أن أصحاب الشافعي يمنعون الوكالة في بيع ما شاء الوكيل من مال الموكل، ويجيزونها في بيع ما شاء من عبيد، لأنهم محصورون بالجنس.

لكن ذكر الشيرازي في المهذب أن الوكالة في بيع ما شاء الوكيل من مال الموكل جائزة؛ لقلة الغرر في ذلك، قال: «وإن قال: بيع ما شئت من مالي أو أقبض ما شئت من ديوني جاز، لأنه إذا عرف ماله ودينه عرف أقصى ما يبيع ويقبض فيقل الغرر»<sup>(٢)</sup>.

وعند الحنابلة تصح الوكالة في بيع جميع مال الموكل وقبض ديونه كلها؛ لأن الموكل قد يعرف ماله وما عليه.

كما تصح في بيع ما شاء الوكيل من مال الموكل، وقبض ما شاء من ديونه لصحة الوكالة في جميعها.

أما الوكالة في شراء ما شاء الوكيل فلا تصح لأنه قد يشتري ما لا قدرة للموكل على دفع ثمنه.

وروى عن الإمام أحمد رحمه الله أنه قال في رجلين قال كل واحد منهما لصاحبه: ما اشتريت من شيء فهو بيننا، أنه جائز وأعجبه.

وفي هذا دلالة على صحة الوكالة في شراء ما شاء الوكيل، لكن ليس له أن يشتري لموكله بأكثر من ثمن المثل، ولا ما لا يستطيع الموكل أن يدفع ثمنه، ولا ما لا يرى له مصلحة في شرائه<sup>(٣)</sup>.

(١) (٢١١/٥) ط المنار.

(٢) (٣٥٠/١).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٢١١/٥) ط المنار.

وتصح الوكالة الخاصة إذا ذكر نوع الموكل به وقدر ثمنه على المعتمد من المذهب. وهناك روايتان أخريان تكتفي إحداهما بذكر النوع فقط، دون حاجة إلى ذكر قدر الثمن.

وتكتفي الثانية بواحد من أمرين: إما بذكر النوع أو قدر الثمن<sup>(١)</sup>. هذا وقد ذكر صاحب المغني أن الوكالة العامة لا تصح عند أبي حنيفة رحمه الله.

والقول بعدم صحة الوكالة العامة رواية عنه فقط والمعتمد عند الأحناف صحة الوكالة العامة كما سبق.

والمالكية يشترطون في الوكالة الخاصة تعيين الشيء الموكل به بنص أو عرف أو قرينة<sup>(٢)</sup>.

أما التوكيل بالإبراء فلا يستلزم علم الموكل ولا الوكيل ولا المدين بمبلغ الدين المبرئ منه، لأنه محض ترك<sup>(٣)</sup>.

\*\*\*\*\*

(١) انظر: الإنصاف (٣٩٣/٥).

(٢) انظر: الشرح الكبير (٣٨١/٣)، والخرشي (٧١/٦).

(٣) انظر: الخطاب (١٨٢/٥).





## القسم الثاني

### العدم

ويشمل تمهيد وأربعة أبواب:

الباب الأول: العدم في عقد البيع

الباب الثاني: العدم في العقود المشابهة للبيع

الباب الثالث: العدم في عقد الرهن

الباب الرابع: العدم في التبرعات



### تمهيد

العدم هو أحد أسباب الغرر، للملازمة عنصر الاحتمال له في الغالب، إذ المعدوم يتأرجح بين أن يوجد في المستقبل وبين أن يتخلف، وبقدر ما ينطوي عليه محل الالتزام التعاقدي من الاحتمال يكون نصيبه من الغرر قلة وكثرة. فإذا تم التعاقد على شيء معدوم، انتظاراً لوجوده كان حصول أحد المتعاقدين على مال صاحبه في مقابل ذلك مخاطرة لورود العقد على مجرد أمل قد يتحقق وقد لا يتحقق.

ولقد كان الأساس الذي قام عليه بطلان التعامل في الأشياء المعدومة هو الغرر، إلا أن هذا الأساس اختفى في عصور التقليد، وصار العدم المجرد في ذاته مبطلاً للعقد. ولو لم يكن فيه غرر، فإذا غلط أحد المتبايعين فظن أنه يشتري أو يبيع جنساً معيناً فإذا هو جنس آخر مغاير له، كما إذا باع حنطة فإذا هي شعير، أو ياقوتاً فإذا هو زجاج، أو ثوباً هروياً فإذا هو مروى، أو قرأً فإذا هو خز، اعتبر المحل معدوماً، واستتبع ذلك بطلان العقد، مع أن العدم في هذه الأمثلة قد نشأ بسبب الغلط، وتجرد من عنصر الاحتمال.

وفي ذلك دلالة على أن العدم قد ينفصل عن الغرر في بعض الأحوال، وسنقتصر في دراستنا هذه على العدم باعتباره أحد أسباب الغرر، أو بعبارة أخرى على العدم المنطوي على عنصر الاحتمال.

\*\*\*\*\*



## الباب الأول

# العدم في عقد البيع

وفيه فصلان:

الفصل الأول: العدم الجزئي.

الفصل الثاني: العدم الكلي.



## العدم ضربان

### عدم جزئي. وعدم كلي

فالعدم الجزئي: هو وجود بعض أجزاء الثمرة، وتهيؤ بقية أجزائها لأن توجد كالتمر قبل بدو صلاحه، وكمتلاحق النمو من القثاء والبطيخ ونحوهما. والعدم الكلي: هو كون المعقود عليه غير موجود أصلاً وقت إبرام العقد كالمضامين، وحبل الحبلية، والدقيق في الخنطة، والزيت في الزيتون والسمن في اللبن، والنوى في التمر، واللحم في الشاة الحية وكالثمار والزروع قبل نباتها، وما أشبه ذلك.

## الفصل الأول

### العدم الجزئي

أولاً: بيع الثمر قبل بدو صلاحه :

قد تباع الثمرة قبل بدو صلاحها بيعاً مباشراً، وقد تباع بطريق غير مباشر خلف ستار عقد إجارة، كما لو كانت هناك أرض تشتمل على شجر فأراد شخص أن يستأجر الأرض بما فيها من الشجر بعوض معلوم للحصول على ثمرتها، فظاهر هذا العقد الإجارة وباطنه بيع الثمرة قبل بدو صلاحها. وسنعرض فيما يلي للبيع المباشر للثمار قبل بدو صلاحها، ثم نتناول بعد ذلك بيع للثمرة بطريق غير مباشر.

### المبحث الأول

#### البيع المباشر للثمار قبل بدو صلاحها

في الصحيحين عن أنس رضي الله عنه : (أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تزهي. قبل وما تزهي قال: حتى تحمر أو تصفر. فقال رسول الله ﷺ: (أرأيت إذا منع الله الثمرة. بم يأخذ أحدكم مال أخيه؟).

وفي رواية: (أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمر حتى يزهو، فقلنا لأنس: ما زهوها؟ قال: تحمر وتصفر. أرأيت أن منع الله الثمرة بم تستحل مال أخيك؟)<sup>(١)</sup>.

وفيهما أيضاً عن ابن عمر رضي الله عنهما: (أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمبتاع)<sup>(٢)</sup>.

وفيهما أيضاً عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: (نهى النبي ﷺ أن تباع الثمرة حتى تشقق. قيل وما تشقق؟ قال: تحمر وتصفر ويؤكل منها)<sup>(٣)</sup>.

وفي صحيح مسلم عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: (لا تتبايعوا الثمر حتى يبدو صلاحه. وتذهب عنه الآفة).

وفي صحيح مسلم عنه أيضاً: (نهى عن بيع النخل حتى تزهى وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة، نهى البائع والمشتري)<sup>(٤)</sup>.

(١) صحيح البخاري (١٤٨٨، ٢١٩٧)، صحيح مسلم (١٥٥٥).

(٢) صحيح البخاري (١٤٨٦، ٢١٩٤)، صحيح مسلم (١٥٣٤).

(٣) صحيح مسلم (١٥٥٤).

(٤) يؤخذ من قوله (نهى البائع والمشتري) أن النهي عن ذلك وإن كان لمصلحة المشتري فهو أيضاً يتعلق بالنظام العام فلا يجوز للمشتري أن يسقط حقه فيه.

يقول ابن دقيق العيد في شرح العمدة (١٣١/٢): «وقوله (نهى البائع والمشتري) تأكيد لما فيه من بيان أن البيع وإن كان لمصلحة الإنسان فليس له أن يرتكب النهي فيه قائلاً أسقطت حقي من اعتبار المصلحة، ألا ترى أن هذا المنع لأجل مصلحة المشتري، فإن الثمار قبل بدو الصلاح معرضة للعاهات فإذا طرأ عليها شيء منها حصل الإجحاف بالمشتري في الثمن الذي بذله، ومع هذا: فقد منعه الشرع، ونهى المشتري كما نهى البائع، وكأنه قطع للنزاع والتخاصم».



وفي سنن أبي داود عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: (نهى رسول الله ﷺ عن بيع النخل حتى يحرز من كل عارض) <sup>(١)</sup>.

وفي مسند الإمام أحمد: قدم رسول الله ﷺ المدينة، ونحن نتبايع الثمار قبل أن يبدو صلاحها فسمع رسول الله ﷺ خصومة، فقال: (ما هذا؟) فقيل له: أن هؤلاء ابتاعوا الثمار يقولون: أصابنا الدمان والقشام، فقال رسول الله ﷺ: (فلا تبايعوها حتى يبدو صلاحها) <sup>(٢)</sup>.

هذه طائفة من أحاديث النبي ﷺ تتعلق ببيع الثمار قبل بدو صلاحها. وقد أخذ بها فقهاء المسلمين فأجمعوا على منع بيعها بشرط التبقية؛ لأن النبي يقتضي فساد المنهي عنه.

كما أجمعوا أيضاً على صحة بيعها بشرط القطع في الحال، لانتفاء علة المنع في ذلك، وهي خشية تلفها قبل أن تؤخذ بدليل ما ورد في حديث أنس المتقدم: (أرأيت أن منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه).

ويرى بعض المحدثين أن التعليل بمنع الثمرة مدرج في الحديث وأنه من قول أنس.

جاء في القواعد الفقهية لابن تيمية <sup>(٣)</sup>: «قال أبو مسعود الدمشقي: جعل مالك والدراوردي قول أنس: (أرأيت أن منع الله الثمرة) من حديث النبي ﷺ أدرجاه فيه، ويرون أنه غلط».

(١) سنن أبي داود (٢٩٢٥).

(٢) المسند (٢٠٦٧٥). والدمان: فساد الطَّلَع، بضم الدال وتخفيف الميم، والقشام: بضم القاف: أن يتلفض ثمر النخلة قبل أن يدرك، انظر: مقدمة فتح الباري ص ١١٥؛ المغرب (٢٨٤/٤).

(٣) ص ١٣٢.

وعقب ابن تيمية على ذلك فقال: «فهذا التعليل سواءً كان من كلام النبي ﷺ أو من كلام أنس فيه بيان أن في ذلك أكلاً للمال بالباطل حيث أخذه في عقد معاوضة بلا عوض».

ومن فقهاء التابعين من منع بيع الثمرة قبل صلاحها بشرط القطع كالثوري وابن أبي ليلى، بل منهم من ذهب إلى أبعد من ذلك فممنع بيعها إلا بعد الجذاذ كما روى عن عكرمة وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن<sup>(١)</sup>.

واختلف الفقهاء في بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بلا شرط قطع ولا إبقاء، فذهب الجمهور مالك والشافعي وأحمد وإسحق والليث والثوري إلى منع ذلك؛ لأن الثمرة في هذه المرحلة من مراحل نموها معرضة للتلف بحكم العادة، فإذا بيعت على تلك الحال صار المشتري على غرر من سلامتها.

جاء في القوانين الفقهية لابن جزي<sup>(٢)</sup>: «ولا يجوز بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، ويستوى في ذلك العنب والتمر وجميع الفواكه، والمقائث والخضروات وجميع البقول والزرع... وإنما يجوز بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها على شرط القطع إن كان مما ينتفع به كالقصيل وغيره فإن شرط فيها التبقية لم يجز البيع. وإن سكت عن التبقية والقطع فقولان».

وجاء في المهذب<sup>(٣)</sup>: «ولا يجوز بيع الثمار والزرع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع... ولأن المبيع إنما ينقل على حسب العادة ولهذا لو اشترى بالليل متاعاً لم يكلف نقله حتى يصبح. والعادة في الثمار تركها إلى أوان الجذاذ، فإذا

(١) انظر: بداية المجتهد (٢/١٤٨).

(٢) ص ٢٥٢.

(٣) (١/٢٨١).

باعها قبل بدو الصلاح لم يأمن أن تصيبها عاهة فتتلف وذلك غرر من غير حاجة فلم يجوز، وإن باعها بشرط القطع جاز، لأنه يأخذه قبل أن يتلف فيأمن الغرر».

وجاء في الإنصاف<sup>(١)</sup>: «ولا يجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها. ولا الزرع قبل اشتداد حبه بلا نزاع في الجملة إلا بشرط القطع في الحال لكن يشترط أن يكون منتفعاً به في الحال، قاله في الرعاية والشيخ تقي الدين في تعليقه على المحرر، قلت: وهو مراد غيرهما وقد دخل في كلام الأصحاب في شروط البيع حيث اشترطوا أن يكون فيه منفعة مباحة»<sup>(٢)</sup>.

أشار ابن جزري في آخر النص الذي نقلناه عنه آنفاً إلى أن في المذهب المالكي قولين في بيع الثمرة قبل بدو صلاحها مع السكوت عن التبقية والقطع<sup>(٣)</sup>. ونضيف إلى ذلك أن في المذهب الحنبلي أيضاً قولاً بجواز بيع الثمار مطلقاً إذا قصد القطع ويلزم به في الحال وحكى الشيرازي رواية بالصحة من غير قصد القطع كما ذكر ذلك صاحب الإنصاف<sup>(٤)</sup>.

وهذا القول يتفق مع المذهب الحنفي: فقد ذهب الحنفية إلى جواز بيع الثمار قبل بدو صلاحها بلا شرط قطع ولا تبقية وإلزام المشتري بالقطع؛ لأن مقتضى العقد كشرط القطع يقتضي التسليم فور التعاقد<sup>(٥)</sup>.

(١) (٦٥/٥).

(٢) انظر: أيضاً التنقيح ص ١٣٧ وغاية المنتهى (٦٨/٢)، وشرح المنتهى (٢١٠/٢)، والروض الندى ص ٢٢٧، ومنار السبيل في شرح الدليل لابن ضويان (١/٣٣٧).

(٣) انظر: القوانين الفقهية ص ٢٥٢.

(٤) انظر: الإنصاف (٦٧/٥).

(٥) انظر: المبسوط (١٢/١٩٤).

وأول الحنفية حديث النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بالبيع بشرط الترك مستدلين بقوله عليه الصلاة والسلام: (أرأيت لو أذهب الله تعالى الثمرة. بم يستحل أحدكم مال أخيه المسلم؟).

قال السرخي: «وإنما يتوهم هذا إذا اشترى بشرط الترك إلى أن يبدو صلاحها»<sup>(١)</sup>.

كما احتج الحنفية على قولهم بجواز بيع الثمار مطلقاً قبل الزهو بحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: (من باع نخلة قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع)<sup>(٢)</sup> فقد أجاز عليه الصلاة والسلام اشتراط الثمرة بعد تأبيرها، والمعروف أن صلاح الثمار لا يبدو بعد التأثير مباشرة بل بعد مضي فترة من الزمن على ذلك، فدل هذا على جواز اشتراطها قبل بدو الصلاح وإذا جاز اشتراطها في هذه المرحلة جاز بيعها مفردة.

واحتجوا أيضاً بحديث زيد بن ثابت قال: كان الناس في عهد رسول الله ﷺ يتبايعون الثمار قبل أن يبدو صلاحها، فإذا جد الناس وحضر تقاضيتهم قال المبتاع: أصاب التمر الدمان أصابه ما أضرب به، قشام وأمراض لعاهات يذكرونها، فلما كثرت خصومتهم عند النبي قال كالمشورة يشير بها عليهم: لا تبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحها.

أما حديث النبي عن بيع الثمار قبل زهوها فقد حملوه على الندب<sup>(٣)</sup>. ويفرق الحنفية - في معرض بيع الثمار قبل زهوها بلا شرط قطع ولا تبقية - بين حالتين: بين بيعها بعد اكتمال حجمها وبين بيعها قبل ذلك.

(١) المصدر السابق.

(٢) صحيح البخاري (٢٣٧٩)، صحيح مسلم (١٥٤٣).

(٣) انظر: بداية المجتهد (١٤٩/٢).

ففي الحالة الأولى: إذا بيعت بشرط القطع أو مطلقاً جاز ذلك، وإن بيعت بشرط الترك فالعقد فاسد عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

واستحسن محمد جوازه، لأنه لا يترك إلا مدة يسيرة، والغرر اليسير محتمل في العقود بخلاف الغرر الكثير، ولأن هذا الشرط متعارف بين الناس، ولأن الثمرة لا تزيد بعد ذلك من ملك البائع بل تتغير صفتها<sup>(١)</sup>. وذكر بعض الحنفية أن الفتوى على قول محمد رحمه الله.

جاء في الفتاوى الهندية<sup>(٢)</sup>: «وفي الأسرار أن الفتوى على قوله، كذا في الكافي، وفي التحفة الصحيح قولهما كذا في النهر الفائق».

ويجوز في هذه الحالة ترك الثمرة بإذن البائع، فإن تركها بلا إذن منه أثم بغصب المنفعة وتعلق الإثم به لا بالعين المبيعة، لأنها لم تزد شيئاً، وإنما تغيرت صفتها فقط<sup>(٣)</sup>.

وفي الحالة الثانية: إذ بيعت الثمرة قبل اكتمال حجمها مطلقاً جاز تركها بإذن صريح من البائع، كما يجوز ذلك أيضاً بإذن ضمني منه في إجارة باطلة، كما لو استأجر الشجر إلى وقت الإدراك؛ لأن العقد الباطل ليس له وجود. فيبقى الإذن مستقلاً بذاته.

أما العقد الفاسد فله وجود عند الأحناف يستدعي سقوط الإذن المصاحب له، لارتباطه به على أساس أنه عقد فاسد<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر: المبسوط (١٢/١٩٤).

(٢) (١٠٦/٣).

(٣) انظر: فتح القدير (١٠٣/٥).

(٤) المصدر السابق.

وعلى هذا فلا يجوز ترك الثمرة بإذن ضمني في إجارة فاسدة كما لو اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أوان الإدراك؛ لأن إجارة الأرض جائزة وإنما فسدت لجهالة الأجل، كما لا يجوز ترك الثمرة بلا إذن، فإن تركها رغم ذلك فعليه أن يتصدق بالزيادة لحصولها من طريق غير مشروع.

ويرى الدكتور السنهوري جواز ترك الزرع الذي لم يتناه عظمه حتى ينضج إذا بيع مطلقاً، ولم يكن هناك إذن معتبر.

جاء في مصادر الحق<sup>(١)</sup>: «(خامساً) وحتى في الزرع الذي لم يتناه عظمه، إذا بيع مطلقاً، ولم يكن هناك إذن معتبر، فإنه يجوز مع ذلك ترك الزرع في الأرض فعلاً حتى ينضج، وإذا كانت الزيادة في هذه الحالة لا تطيب للمشتري وعليه أن يتصدق بها، فإن هذا الحكم لا يتعلق بالقضاء بل هو حكم في الدين، أما في القضاء فإن الزيادة تكون ملكاً للمشتري، وإلا لما جاز له أن يتصدق بها».

ونرى أن الحنفية لا يجيزون ترك الزرع الذي لم يتناه عظمه إذا بيع مطلقاً ولم يكن هناك إذن معتبر ودليلنا على ذلك قول الكمال بن الهمام: «وفي الثالثة: لا يطيب له ويتصدق بما زاد، لأنه حصل بجهة محظورة<sup>(٢)</sup>»، فقد أوضح أن علة الصدقة بالزيادة هي حصولها من جهة محظورة أي ممنوعة وما دامت الجهة محظورة فتركه غير جائز؛ إذ الجائز غير محظور.

ومع تسليمنا بنشوء الملكية عن الغصب بعد الاستهلاك، مع استقرار بدل المستهلك في ذمة الغاصب على قول حنيفة رحمه الله خلافاً لأبي يوسف ومحمد

(١) (٢٦/٢).

(٢) انظر: فتح القدير (١٠٣/٥).

فإننا لا نسلم بجواز مباشرة أسباب تلك الملكية ابتداءً - وهذا موضع الخلاف - لأنها ملكية خبيثة<sup>(١)</sup>.

### بيع الثمار قبل بدو صلاحها لمالك الأصل،

لبيع الثمرة ونحوها من مالك الأصل قبل بدو صلاحها حالان:

فإنها إما أن تباع مع أصلها، وإما أن تباع مفردة، فإذا بيعت مع الأصل جاز ذلك بالإجماع، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "من ابتاع نخلة بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترطها المبتاع"، ولحصول ذلك تبعاً فلا يضر احتمال الغرر فيها.

وإذا بيعت له مفردة كما لو اشترى نخلة مؤبرة ولم يشترط ثمرتها، ثم اشتراها بعدئذٍ جاز ذلك عند المالكية إذا ألحق الزرع أو الثمر بالأصل قبل خروجه من يد المشتري.

جاء في الشرح الكبير للدردير<sup>(٢)</sup>: «وصح بيع ما ذكر قبله أي قبل بدو صلاحه في ثلاث مسائل وهي بيعه مع أصله... وبيع أصله من نخل أو أرض ثم بعد ذلك بقرب أو بعد ألحق الزرع أو الثمر به، أي بأصله المبيع قبله». وقال في حاشية الدسوقي تعليقاً على ذلك: «قوله: (بقرب أو بعد) أي والحال أن الأصل لم يخرج من يد المشتري».

وللشافعية في هذه المسألة وجهان:

أحدهما: جواز ذلك لاجتماع الثمرة والأصل للمشتري.

(١) انظر: البدائع (١٨٣/٥)، وفتح القدير (١٠٣/٥).

(٢) (١٧٦/٣).

**والثاني:** عدم الجواز، لإفراده، بالبيع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع<sup>(١)</sup>.

والمذهب الحنبلي في ذلك كالمذهب الشافعي فيه وجهان أيضاً في هذه المسألة:

**أحدهما:** صحة البيع لحصول التسليم إلى المشتري كاملاً بحكم ملكه لأصولها وقرارها، ولأن الأصل والثمرة يجتمعان له فيصح بيعها منه حيثنذ، كما يصح بيع الثمرة والأصل معاً في صفقة واحدة<sup>(٢)</sup>.

وهذا القول يتفق مع المشهور من مذهب مالك<sup>(٣)</sup> ومع أحد الوجهين للشافعية<sup>(٤)</sup> كما سبق القول.

**والثاني:** عدم صحة ذلك، لدخوله في عموم النهي، ولورود العقد على الثمرة خاصة، والغرر في مثل هذا يمنع صحة العقد سواء كان المشتري هو مالك الأصل، أو كان الأصل لشخص أجنبي.

أما بيع الثمرة وأصلها معاً في صفقة واحدة فهو مستثنى من أصل المنع للخبر الوارد فيه، ولدخول الثمرة تبعاً، ويغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع.

كما يصح بيع الثمرة لمالك الأصل بشرط القطع فور التعاقد بلا خلاف في المذهب. ولا يجب على المشتري أن يفي بهذا الشرط لأنه يملك الأصل<sup>(٥)</sup>.

\*\*\*

(١) انظر: المهذب (١/٢٨١).

(٢) انظر: الإنصاف (٥/٦٦).

(٣) انظر: الشرح الكبير للدردير (٣/١٧٦).

(٤) انظر: المهذب (١/٢٨١).

(٥) انظر: المغني (٤/٢٠٢-٢٠٣).



## المبحث الثاني البيع غير المباشر للثمار قبل بدو صلاحها أو إجارة الأرض المشتملة على شجر مثمر

اختلف الفقهاء في تكييف إجارة الأرض المشتملة على شجر مثمر فالجمهور يكييفها بأنها بيع غير مباشر للثمرة قبل بدو صلاحها. وهناك فريق آخر من الفقهاء لا يراها بيعاً للثمرة بل يعتبرها ضرباً من ضروب الإجارة.

وقد تعارضت وجهات نظرهم في حكم هذه المسألة فالحنفية يقولون بعدم جوازها، لأن الثمرة لا يجوز استحقاقها بالإجارة. جاء في المبسوط للسرخسي<sup>(١)</sup>: «وإن استأجر أرضاً فيها زرع ورطبه أو شجر أو قصب أو كرم أو ما يمنع من الزراعة فالإجارة فاسدة؛ لأن استئجار الأرض لمنفعة الزراعة، وهذه المنفعة لا يمكن استيفائها مع هذه الموانع فقد التزم بالعقد تسليم مالا يقدر على تسليمه، وإن كان مقصود المستأجر ما فيها فهو عين لا يجوز استحقاقه بالإجارة».

وقد أحس الحنفية بقيام الحاجة إلى هذه الإجارة فالتمسوا الحيلة لجوازها، وذلك بتأجير الأرض وحدها ما يريد من السنين بعوض معلوم، ودفع النخل والشجر إلى المستأجر معاملة خلال تلك المدة، على أن يكون لصاحب النخل والشجر من غلتها كل سنة جزءاً تافهاً كسهم من ألف سهم. ويكون الباقي للعامل.

(١) (١٦/٣٢، ٣٣) ط السعادة.

جاء في كتاب الحيل للخصاف<sup>(١)</sup>: «قلت فرجل له أرض فيها نخيل وشجر فأراد بعد هذا أن يؤاجر الأرض من رجل على أن تسلم ثمرة النخل والشجر للمستأجر. قال: لا يجوز هذا. قلت فما الحيلة في ذلك. قال: يؤاجره الأرض ما يريد من السنين بمال معلوم، ويدفع إليه النخل والشجر معاملة هذه السنين، على أن ينمي لك فما رزق الله من غلته في كل سنة من هذه السنين كان لصاحب النخل والشجر سهم من ألف سهم، وكان الباقي من ذلك للعامل فتجوز هذه المعاملة».

أما الشافعية فلا يميزون لمستأجر الأرض المشتملة على النخل أن يحصل من ثمرتها على شيء قلّت النخل أو كثرت؛ لما في ذلك من بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، وهو غير جائز.

وقالوا بجوازه بعد بدو الصلاح في نخلة بعينها<sup>(٢)</sup>.

وذهب المالكية إلى جواز إجارة الأرض المشتملة على نخل أو شجر إذا كان النخل أو الشجر قليلاً، وكان بياض الأرض الثلثين فأكثر؛ لأن الغرر يسير في هذه الحالة فلا يؤثر في صحة العقد.

جاء في المدونة الكبرى<sup>(٣)</sup>: «قلت: رأيت إن استأجرت أرضاً بيبضاء للزرع وفيها نبد من نخل أو شجر لمن تكون ثمرة تلك الشجرة ألرب الأرض أو للمستأجر في قول مالك؟ قال: الثمرة لرب الشجر إلا أن يكون الشجر الثلث فأدنى فيشرطه المتكاري فيكون ذلك له، فإن كان أكثر من الثلث فاشترطه لم يجز ذلك وكان الكراء فاسداً».

(١) ص ٤٤.

(٢) انظر: الأم (٣/٢٤٤).

(٣) (١١/١٩٦).

وروي عن الإمام أحمد رحمه الله في هذه المسألة قولان:

أحدهما: عدم جواز ذلك، وهذا هو المشهور عند أكثر أصحابه.

والثاني: جوازه إذا كان الشجر قليلاً وفاقاً لمالك رحمه الله<sup>(١)</sup>.

وحجة الفقهاء في منع إجارة الأرض المشتملة على الشجر نهى النبي صلوات الله عليه

عن بيع السنين وبيع الثمر قبل بدو صلاحه ففي الصحيحين عن جابر قال:

(نهى النبي صلوات الله عليه عن المحاقلة والمزابنة والمعاومة والمخابرة)، وفي رواية لهما

وعن: (بيع السنين) بدل المعاومة<sup>(٢)</sup>.

وفيها أيضاً عن ابن عمر رضي الله عنهما: (أن رسول الله صلوات الله عليه نهى عن بيع الثمار

حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمبتاع).

ولأن إجارة الأرض المشتملة على الشجر تتضمن بيع الثمرة قبل أن تخلق،

أو بيعها قبل بدو صلاحها، إلا أن المالكية أجازوا ذلك إذا كان الشجر قليلاً لأن

الغرر اليسير يغتفر في العقود.

وذهب ابن عقيل إلى جواز استئجار الأرض التي فيها شجر ودخول الشجر

في الإجارة مطلقاً<sup>(٣)</sup>، واحتج لذلك بجواز إجارة الأرض ودعاء الحاجة إليها ولا

تتمكن إجارتها إذا كان فيها شجر إلا بإجارة الشجر. وما لا يتم الجائز إلا به فهو

جائز؛ لأن المستأجر لا يتبرع بسقي الشجر وقد لا يساقى عليها<sup>(٤)</sup>.

وقد اختار العلامة ابن تيمية قول ابن عقيل بجواز إجارة الأرض المشتملة

على الشجر، واستدل على ذلك بأدلة من المنقول والمعقول<sup>(٥)</sup>.

(١) انظر: القواعد الفقهية لابن تيمية ص ١٣٧.

(٢) سنن أبي داود (٣٤٠٥)؛ الترمذي (١٢٩٠)؛ النسائي (٣٧/٧)، مسند أحمد (٣/٣١٣).

(٣) انظر: القواعد الفقهية لابن تيمية ص ١٤٠.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق.

منها: أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ضمن أرض أسيد بن حضير غرماءه بالمال الذي كان لهم عليه.

وكانت رؤوس الأموال في ذلك العصر تتركز في الأراضي الزراعية المشتملة على الشجر. وكان ابن حضير سيداً ميسور الحال فلا بد أن تشتمل أرضه على الشجر كغيره من الأغنياء.

ثم اتخذ ابن تيمية من فرضه هذا أساساً لحجة أخرى هي أن هذه القصة لا بد أن تشتهر بين معاصريه من الصحابة رضوان الله عليهم ولم يتقل عنهم أنهم أنكروها وهذا دليل على إجماعهم على جواز ذلك.

جاء في القواعد الفقهية لابن تيمية<sup>(١)</sup>: «وهذا القول المأثور عن السلف الذي اختاره ابن عقيل: هو قياس أصول أحمد وبعض أصول الشافعي، وهو الصحيح إن شاء الله لوجوه متعددة بعد الأدلة الدالة على نفي التحريم شرعاً وعقلاً فإن دلالة هذه إنما تتم بعد الجواب عما استدل بعض أصحاب القول الأول.

الوجه الأول: ما ذكرناه من فعل عمر في قصة أسيد بن الحضير فإنه قبل الأرض والشجر الذي فيها بالمال الذي كان للغرماء، فإنه من المعلوم أن حيطان أهل المدينة كان الغالب عليها الشجر، وأسيد بن الحضير كان من سادات الأنصار ومياسيرهم، فبعيد أن يكون الغالب على حائطه الأرض البيضاء ثم هذه القصة لا بد أن تشتهر، ولم يبلغنا أن أحداً أنكروا فيكون إجماعاً.

ومنها: أن عمر رضي الله عنه ضرب الخراج على أرض السواد وغيرها فأقر الأرض في أيدي أصحابها، وفيها النخل والعنب، وجعل على جريب منها خراجاً معلوماً، والخراج عوض عن منفعة الأرض والشجر.

فمن رأى أنه إجارة لزمه القول بجواز ما شابهه.

ومن رأى أنه ثمن أو عوض مستقل بنفسه فسبب جوازه دعاء الحاجة إليه، والحاجة قائمة في كل أرض فيها شجر فلا مندوحة عن القول بجوازها.

إلى أن قال<sup>(١)</sup>: «وكذلك ما ضربه من الخراج على السواد فإن تسميته خراجها يدل على أنه عوض عما ينتفعون به من منفعة الأرض والشجر، كما يسمى الناس اليوم كراء الأرض لمن يفرسها خراجها إذا كان على كل شجرة شيء معلوم، ومنه قوله: «أَمَرَتْ سَطْلَهُمْ خَرْجًا فَخَرَجُ رَبِّكَ خَيْرٌ» المؤمنون: ١٧٢، ومنه خراج العبد فإنه عبارة عن ضريبة يخرجها لسيد، من ماله.

فمن اعتقد أنه أجره وجب عليه أن يعتقد جواز مثل هذا، لأنه ثابت بإجماع الصحابة. ومن اعتقد أنه ثمن أو عوض مستقل بنفسه فمعلوم أنه لا يشبه غيره، وإنما جوزه الصحابة - ولا نظير له - لأجل الحاجة الداعية إليه، والحاجة إلى ذلك موجودة في كل أرض فيها شجر كالأرض المفتوحة سواء. وأيضاً: فإننا نعلم قطعاً أن المسلمين مازالت لهم أرضون فيها شجر، بل هذا غالب على أموال أهل الأمصار، ونعلم أن السلف لم يكونوا كلهم يعمرن أرضهم بأنفسهم ولا غالبهم، ونعلم أن المساقاة والمزارعة قد لا تتيسر في كل وقت؛ لأنها تفتقر إلى عامل أمين، وما كل أحد يرضى بالمساقاة، ولا كل من أخذ الأرض يرضى بالمشاركة، فلا بد أن يكونوا قد كانوا يكرون الأرض السوداء ذات الشجر... فإذا لم ينقل عن السلف أنهم حرّموا هذه الإجارة ولا أنهم أمروا بحيلة التبرع - مع قيام المقتضى لفعل هذه المعاملة - علم قطعاً أن المسلمين كانوا يفعلونها من غير نكير من الصحابة والتابعين، فيكون فعلها كان إجماعاً منهم».

وقد استند ابن تيمية في القول بجواز إجارة الأرض المشتملة على الشجر إلى  
أصلين:

أحدهما: دعاء الحاجة إلى ذلك.

والثاني: اعتبار الثمرة ونحوها منفعة.

**الأصل الأول، الحاجة:**

لقيام الحاجة أثر كبير في كثير من الأحكام، فقد أوجب طائفة من الفقهاء  
على أحد الشريكين عند تعذر القسمة أن يبيع مع شريكه إذا رغب هذا الشريك  
في بيع نصيبه لما يترتب على التفريق بينهما من تدهور قيمة النصيب المعروض  
للبيع.

فإذا وجب ذلك لدفع الضرر فإجارة الأرض المشتملة على الشجر جدية  
بالجواز؛ لأن العادة لم تكن جارية بإجارة الأرض وحدها، وإن استؤجرت  
وحدها فهي لا تستأجر إلا بأقص من قيمتها في غالب الأحوال، ويضاف إلى  
ذلك أن المكترى ليس مأموناً على الثمرة، وهذا مما يؤدي إلى سوء المشاركة  
واختلاف الأيدي، فلم يكن بد من جواز هذه الاجارة<sup>(١)</sup>.

**الأصل الثاني: اعتبار الثمرة ونحوها منفعة:**

يرى ابن تيمية أن الفوائد العينية كثمر الشجر ولبن الظئر وماء البئر ونحو ذلك  
شبيهة بالمنافع حالة كونها متصلة بأصولها.

ووجه الشبه بينها وبين المنافع حدوثها شيئاً بعد شيء مع بقاء أصولها،  
واستيفائها دفعة بعد أخرى كاستيفاء المنافع سواءً بسواء.

وأن هذه المشابهة تسوغ إعطاء الفوائد العينية حكم المنافع، والعقد على  
المنافع جائز بلا خلاف.

(١) انظر: القواعد الفقهية لابن تيمية ص ١٤٧، ١٤٨.

وليست هذه المشابهة في الإجارة وحدها بل في الوقف أيضاً وفي العريّة والمنحة.

فالوقف عبارة عن تحبّيس رقبة ما لا يذهب بالانتفاع وتسبيل فائدته، سواءً كانت عيناً كثمرة الشجر، أو منفعة كسكنى الدار.

والعريّة: إعطاء الشجرة لمن يأكل ثمرتها ثم يردها إلى ربها بعد ذلك.

والمنحة: إعطاء الشاة لمن يشرب لبنها ثم يعيدها إلى صاحبها أيضاً.

وعلى هذا فإجارة الشجر لاستثمارها إذا تولى المستأجر سقيها وإصلاحها لا تعدو أن تكون عقداً على منفعة لا يبعاً للثمرة كما أن إجارة الأرض للزراعة ليست بيعاً للزرع ما دام المستأجر هو الذي يحرث الأرض ويبذرهما ويسقيها. أما إذا كان صاحب الشجر أو صاحب الأرض هما اللذان يقومان بذلك فيسلم هنا بأنهما يبيعان الثمرة والزرع، وذلك غير جائز. جاء في القواعد الفقهية لابن تيمية<sup>(١)</sup>:

**الأصل الثاني:** أن يقال: إكراء الشجر للاستثمار يجري مجرى إكراء الأرض للازدراع، واستئجار الظئر للرضاع. وذلك: أن الفوائد التي تستحق<sup>(٢)</sup> مع بقاء أصولها تجري مجرى المنافع، وإن كانت أعياناً، وهي ثمر الشجر ولبن الآدميات، والبهائم والصوف، والماء العذب: فإنه كلما خلق من هذه شيء فأخذ خلق الله بدله مع بقاء الأصل كالمنافع سواء ولهذا جرت في الوقف والعارية والمعاملة بجزء من النماء مجرى المنفعة، فإن الوقف لا يكون إلا فيما ينتفع به مع بقاء أصله، فإذا جاز وقف الأرض البيضاء أو الرباع لمنفعتها

(١) ص ١٤٩، ١٥٠.

(٢) في طبعة الكردي "تستخلف".

فكذلك وقف الحيطان لثمرتها، ووقف الماشية لدرها وصوفها، ووقف الآبار والعيون لمائها، بخلاف ما يذهب بالانتفاع كالطعام، ونحوه فلا يوقف... إلى أن قال فاكتراء الشجر لأن يعمل عليها ويأخذ ثمرتها بمنزلة استئجار الظئر لأجل لبنها... إلى أن قال: وليس من البيع الخاص، فإن الله لم يسم العوض إلا أجراً، لم يسمه ثمناً، وهذا بخلاف ما لو حلب اللبن، فإنه لا يسمى المعاوضة عليه حينئذٍ إلا بيعاً، لأنه لم يستوف الفائدة من أصلها كما يستوفي المنفعة من أصلها.

فلما<sup>(١)</sup> كان للفوائد العينية التي يمكن فصلها عن أصلها حالان: حال تشبه فيه المنافع المحضة وهي حال اتصالها واستيفائها<sup>(٢)</sup> المنفعة، وحال تشبه فيه الأعيان المحضة، وهي حال انفصالها وقبضها كقبض الأعيان فإذا كان صاحب الشجر هو الذي يسقيها ويعمل عليها حتى تصلح الثمرة فإنما يبيع ثمرة محضة، كما لو كان هو الذي يشق الأرض ويبذرهما ويسقيها حتى يصلح الزرع فإنما يبيع زرعاً محضاً، وإن كان المشتري هو الذي يجد ويحصد، كما لو باعها على الأرض، وكان المشتري هو الذي ينقل ويحول ولهذا جمع النبي ﷺ بينهما في النهي<sup>(٣)</sup> عن بيع الحب حتى يشتد، وعن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه، فإن هذا بيع محض للثمرة والزرع، وأما إذا كان المالك يدفع الشجرة إلى المكري<sup>(٤)</sup> حتى يسقيها ويلحقها ويدفع عنها الأذى، فهو بمنزلة دفعه الأرض إلى من يشقها ويبذرهما ويسقيها ولهذا سوى بينهما في المساقاة

(١) ط ك: فلما كانت الفوائد العينية يمكن فصلها عن أصلها كان لها حالان.

(٢) طبعة الكردي "واستيفاءها كاستيفاء المنفعة.

(٣) ط ك: في النهي "حيث نهى".

(٤) لعلها المكترى.



والمزارعة، فكما أن كراء الأرض ليس ببيع لزرعها، فكذلك كراء الشجرة ليس ببيع لثمرتها.

ويمضي في تقرير مشابهة هذه الإجارة لإجارة الأرض للزرع فيفرض أن القائلين بمنعها احتجوا لذلك بما فيها من الغرر، لأن الثمرة قد تكون قليلة وقد تكون كثيرة.

ويبين أن هذا الاحتمال موجود في إجارة الأرض أيضاً، فإنها قد تنبت كثيراً وقد تنبت قليلاً، ولم يؤثر هذا الاحتمال في إباحة كرائها. فيقول: «فإن قيل: المقصود بالعقد هنا غرر، لأنه قد يثمر قليلاً. وقد يثمر كثيراً. يقال: مثله في إكراء الأرض، فإن المقصود بالعقد غرر أيضاً على هذا التقدير. فإنه قد ينبت قليلاً وقد ينبت كثيراً».

ويشير إلى أن هذا النوع من الإجارة ليس بيعاً للثمرة قبل بدو صلاحها، فإن البائع يطالب بتوفية المبيع، ومن تمام التوفية أن يعمل على الثمرة ويسقيها حتى يتمكن مشتريها من جذاذها.

أما المؤجر فلا يطالب إلا بتمكين المستأجر من العمل في ذلك، وليس عليه تمام توفيه، لأنه ليس بائعاً للثمرة.

وذهب العلامة ابن القيم رحمه الله تعالى إلى جواز إجارة الأرض المشتملة على الشجر، موافقاً ابن تيمية على رأيه<sup>(١)</sup>.

ما هو بدو الصلاح؟

بدو صلاح الثمار هو ظهور دلائل نضجها فإن كان رطباً بأن يحمر أو يصفر، وإن كان عنباً أسود بأن يتموه، وإن كان أبيض بأن يرق ويحلو، وإن كان زرعاً

(١) انظر: إعلام الموقعين (١/٣٦١-٣٦٢).

بأن يشتد، وإن كان بطيحاً بأن يبدو فيه النضج، وإن كان قثاءً بأن يكبر بحيث يؤخذ ويؤكل<sup>(١)</sup>.

ويرى الحنفية أن بدو الصلاح هو أمن العاهة جاء في فتح القدير<sup>(٢)</sup>: «لكن بدو الصلاح عندنا أن تأمن العاهة والفساد، وعند الشافعية هو ظهور النضج وبدو الحلاوة».

وذكر ابن رشد أن للعلماء في بدو الصلاح ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه إزهاء الثمار.

والثاني: أنه طلوع الثريا. وذلك لاثنتي عشرة ليلة خلت من آيار مايو.

والثالث: أنه الازهاء وطلوع الثريا معاً<sup>(٣)</sup>.

ويبدو أن علة توقيت بدو الصلاح بطلوع الثريا عند أصحاب هذا القول إنها الفترة التي جرت العادة بمشارفة الثمار فيها للنضج، وذلك مما يقلل احتمال تعرضها للعاهات.

وقد ورد في هذا المعنى حديث عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلوات الله عليه

قال: (إذا طلع النجم صباحاً رفعت العاهات عن أهل البلد)<sup>(٤)</sup>.

قال ابن تيمية: «وليس المقصود الأمن من العاهات النادرة. فإن هذا لا سبيل إليه... وإنما المقصود ذهاب العاهة التي يتكرر وجودها، وهذه إنما تصيب الزرع

(١) انظر: المهذب (٢٨١/١)، وشرح المنتهى (٢١٣/٢).

(٢) انظر: فتح القدير (١٠٢/٥).

(٣) انظر: بداية المجتهد (١٥٠/٢).

(٤) قال في المقاصد الحسنة: رواه أبو داود عن عطاء بن أبي رباح عن أبي هريرة، ولأحمد والبيهقي من حديث ابن عمر: إذا طلعت الثريا.. أمنت العاهة، مسند أحمد (٨٦٧٨).

قبل اشتداد الحب، وقبل ظهور النضج في الثمر، إذ العاهة بعد ذلك نادرة بالنسبة إلى ما قبله»<sup>(١)</sup>.

وإذا بدا الصلاح في جنس جاز عند المالكية بيعه وبيع سائر ذلك الجنس في البساتين المجاورة له<sup>(٢)</sup>.

وحكى هذا رواية عن أحمد رحمه الله<sup>(٣)</sup>.

وذهب الليث بن سعد إلى أن صلاح الجنس كالتفاح واللوز يكون صلاحاً لسائر أجناس الثمار لدعاء الحاجة إلى ذلك فبيع بعضه دون بعض يؤدي إلى الضرر بسوء المشاركة.

وقال الشافعية: «إذا بدا الصلاح في بعض الجنس من حائط بيع ذلك الجنس كله في ذلك الحائط»<sup>(٤)</sup>.

وفي المذهب الحنبلي روايتان عن الإمام أحمد رحمه الله فيما إذا بدا الصلاح في بستان واحد هل يجوز بيع جميعه، أم لا يباع إلا ما صلح منه؟ المشهور عنه: «أنه لا يباع إلا ما بدا صلاحه».

والرواية الثانية: «اعتبار بدو الصلاح في البعض صلاحاً للكل».

ثم اختلف أصحاب أحمد فمنهم من قصر الحكم على غلبة صلاح الثمرة ومنهم من لم يفرق بين الصلاح القليل والكثير.

واختلفوا في صلاح النوع - كالبرني من الرطب - هل يكون صلاحاً لسائر أنواع الرطب؟ على وجهين:

(١) القواعد الفقهية لابن تيمية ص ١٣٤.

(٢) انظر: بداية المجتهد (١٥١/٢).

(٣) انظر: القواعد الفقهية لابن تيمية ص ١٢٦.

(٤) (٢٨١/١).

أحدهما: أنه لا يعتبر صلاحاً لسائر أنواعه.

والثاني: أنه يكون صلاحاً لها<sup>(١)</sup>.

وحكى ابن القيم عن شيخه العلامة ابن تيمية أنه قال: «يجوز بيع البستان كله تبعاً لما بدا صلاحه سواء كان من نوعه أو لم يكن تقارب إدراكه وتلاحقه أم تباعد»<sup>(٢)</sup>.

وقد استقر المذهب الحنبلي على أن صلاح بعض ثمرة شجرة يعتبر صلاحاً لجميع نوعها الذي في البستان لا لغيره<sup>(٣)</sup>.

\*\*\*

### المبحث الثالث

#### بيع متلاحق الوجود

اختلف الفقهاء في بيع ما يوجد من الثمر بعضه بعد بعض كالمباطح والمقائش ونحوها. فذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى منع بيعه إلا لقطعة لقطعة؛ لأن ما لم يظهر معدوم لا يحتمل البيع<sup>(٤)</sup>.

وتنبه الحنفية إلى ما في منع بيع متلاحق الوجود إلا لقطعة لقطعة من تضيق نطاق التعامل، مع أن عادة الناس تجري ببيع ما ظهر منه وما لم يظهر على السواء، فرأوا في نزعهم عن تلك العادة بعض الحرج، مع قلة الغرر في ذلك، ولهذا استحسنا الجواز، وجعلوا الموجود أصلاً وما يحدث بعد ذلك تبعاً، واعتمدوا على قول لمحمد بن الحسن بجواز بيع الورد المتلاحق على الأشجار.

(١) انظر: القواعد الفقهية لابن تيمية ص ١٢٦

(٢) انظر: إعلام الموقعين (١٩/٤).

(٣) انظر: شرح المنتهى (٢١٣/٢).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (١٣٩/٥)؛ المغني لابن قدامة (٢٠٥/٤-٢٠٩).

جاء في المبسوط<sup>(١)</sup>: «قال: وقد رأيت رواية في هذا عن محمد وهو في بيع الورد على الأشجار فإن الورد متلاحق ثم جوز البيع في الكل مطلقاً بهذا الطريق وكان شيخنا الإمام شمس الأئمة الحلواني يفتي بجواز هذا البيع في الثمار والباذنجان والبطيخ وغير ذلك، وهكذا حكى عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل، قال أجعل الموجود أصلاً في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعاً، قال: أستحسن فيه لتعامل الناس فإنهم تعاملوا ببيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم في ذلك عادة ظاهرة وفي نزعمهم عن عاداتهم حرج بين».

وذكر السرخسي في المبسوط أن الأصل عدم الجواز «لأن المصير إلى مثل هذا الطريق عند تحقق الضرورة ولا ضرر في الباذنجان والبطيخ فإنه يمكن أن يبيع أصولها حتى يكون ما يحدث من ملك المشتري له»<sup>(٢)</sup>.

لكن ذكر الزيلعي أن القول بالجواز مقيد بما إذا كان الخارج أكثر فقال: «ثالثها: أن يخرج بعضها دون بعض فإنه لا يجوز في ظاهر المذهب، وقيل يجوز إذا كان الخارج أكثر، ويجعل المعدوم تبعاً للموجود استحساناً لتعامل الناس وللضرورة، وكان شمس الأئمة الحلواني، وأبو بكر محمد بن الفضل البخاري يفتيان به»<sup>(٣)</sup>.

وقد لاحظ الكمال بن الهمام أن السرخسي لم يشر لهذا القيد فقال: «وكان الحلواني يفتي بجوازه في الكل وزعم أنه مروى عن أصحابنا وكذا حكى عن الإمام الفضلي، وكان يقول: الموجود وقت العقد أصل وما يحدث تبع، نقله

(١) (١٢/١٩٧).

(٢) انظر: المبسوط (١٢/١٩٧).

(٣) انظر: شرح الكنتز (٤/١٢).

شمس الأئمة عنه ولم يقيده عنه بكون الموجود وقت العقد يكون أكثر، بل قال عنه: أجعل الموجود أصلاً في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعاً<sup>(١)</sup>.

#### حيلة الجواز عند المانعين من الأحناف:

وأحسن القائلون من الحنفية بمنع بيع الأشياء المتلاحقة إلا لقطعة لقطعة بما يترتب على ذلك من المشقة فأراد أن يلائموا بين أصولهم القاضية بالمنع وبين تلبية حاجة التعامل إلى حد ما.

فذكروا لجواز ذلك حيلةً متعددة منها:

١- شراء الأصول، لتحديث الزيادة في ملك المشتري.

٢- أو شراء الثمرة الموجودة ببعض الثمن وتأخير العقد في الباقي إلى أن يوجد على نحو ينتفع به.

٣- أو شراء الموجود منها بجميع الثمن على أن يحل البائع للمشتري أن ينتفع بالحادث بعد العقد.

قال السرخسي: «ولا ضرورة في الباذنجان والبطيخ فإنه يمكن أن يبيع أصولها حتى يكون ما يحدث من ملك المشتري له. وفي الثمار كذلك فإنه يمكن أن يشتري الموجود المنتفع به ببعض الثمن، ثم يؤخر العقد فيما بقى إلى أن يصير منتفعاً به. أو يشتري الموجود بجميع الثمن ويحل له البائع أن ينتفع بما يحدث فيحصل مقصودهما بهذا الطريق»<sup>(٢)</sup>.

#### رأي ابن تيمية وابن القيم:

يرى شيخ الإسلام ابن تيمية جواز بيع المقائى ونحوها بعد بدو الصلاح بدون تقييد للجواز باللقطة الموجودة، وينزل ما لم يخلق منها منزلة ما لم يخلق من

(١) انظر: فتح القدير (١٠٥/٥).

(٢) انظر: المبسوط (١٢/١٩٧)، وانظر: فتح القدير (١٠٥/٥).

الثمار في البستان الذي بدا الصلاح في بعضه، ويستدل على ذلك بأن حكمة النهي عن بيع الغرر هي حفظ أموال الناس إذ الغرر أكل للمال بالباطل، وأن منع بيع المقائى ونحوها إلا لقطعة يؤدي إلى إفساد الأموال، وهو مع ذلك غاية في الحرج والعسر.

ويشير إلى أن هذا هو البيع المعروف للمقائى وأنه هو قياس أصول أحمد وغيره من فقهاء الحديث بالرغم من اشتماله على بيع معدوم؛ لأن العلة في منع بيع المقائى إن كانت العدم فليس كل معدوم يمتنع بيعه، فقد وردت النصوص بجواز بيع المعدوم في مواضع: في الإجارة وفي لبن الظئر وفيما بدا صلاحه من الثمر.

وقد أخذ بذلك أيضاً تلميذه العلامة ابن القيم، لحاجة الناس إليه، وأشار إلى أن منع بيع المقائى ونحوها إلا لقطعة لقطعة من الأغلاط الواقعة بالاجتهاد، لما يترتب عليه من المشقة والضرر الذي لا تأتي به أكمل الشرائع.

جاء في نظرية العقد لابن تيمية<sup>(١)</sup>: «وكذلك يجوز بيع المقائى إذا بدا صلاحها، وإن كان فيه بيع ما لم يخلق بعد فإن ما لم يخلق بعد من المقائى بمنزلة ما لم يخلق من الثمار في البستان الذي بدا الصلاح في بعضه بل ومن الشجرة الواحدة، فإن البيع المعروف للمقائى هو هذا ويبيعه لقطعة لقطعة متعذر أو متعسر فمن الممتنع أن الشرع يحرمه، وهو إنما نهى عن بيع الغرر لما فيه من أكل المال بالباطل ليحفظ على الناس أموالهم، وفي المنع من بيع هذا إفساد أموال الناس، وإذا أصابت المقائى جائحة فهو كما لو أصابت الثمرة جائحة، وأيضاً فالعلة في بيع المقائى إن كان العدم فقد تقدم أن ليس كل معدوم ممتنع بيعه، بل يجوز بيع

(١) ص ٢٣٣ ط أنصار السنة المحمدية. وانظر: القواعد النورانية الفقهية ص ١٢٥.

المعدوم بالنص في مواضع: في لبن الظئر، وفي الثمر البادي صلاحه. وفي الإجارة.. فإذا كان الغائب من جنس الشاهد كفت رؤية أحدهما عن رؤية الآخر كما لو كان الصلاح قد بدا فيها كلها».

وقال في إعلام الموقعين<sup>(١)</sup>: «يجوز بيع المقائى والباذنجان ونحوها بعد أن يبدو صلاحها كما تباع الثمار في رؤوس الأشجار، ولا يمنع من صحة البيع تلاحق المبيع شيئاً بعد شيء كما لم يمنع ذلك صحة بيع التوت والتين وسائر ما يخرج شيئاً بعد شيء: هذا محض القياس. وعليه تقوم مصالح بني آدم، ولا بد لهم منه، ومن منع ذلك إلا لقطعة لقطعة فمع أن ذلك متعذر في الغالب لا سبيل إليه؛ إذ هم في غاية الحرج والعسر فهو مجهول لا ينضبط، ولا ما هي اللقطة المبيعة، أهي الكبار أو الصغار أو المتوسط أو بعض ذلك؟ وتكون المقثأة كبيرة جداً لا يمكن أخذ اللقطة الواحدة إلا في أيام متعددة فيحدث كل يوم لقطعة أخرى تختلط بالبيع، ولا يمكن تمييزها منه، ولا سبيل إلى الاحتراز من ذلك إلا أن يجمع دواب المصر كلها في يوم واحد ومن أمكنه من القطنين، ثم يقطع الجميع في يوم واحد ويعرضه للتلف والضياع، وحاشا أكمل الشرائع، بل غيرها من الشرائع أن تأتي بمثل هذا، وإنما هذا من الأغلاط الواقعة بالاجتهاد، وأين حرم الله ورسوله على الأمة ما هم أحوج الناس إليه، ثم أباح لهم نظيره، فإن كان هذا غرراً فبيع الثمار المتلاحقة الأجزاء غرر، وإن لم يكن ذلك غرر فهذا مثله. والصواب: أن كليهما ليس غرراً لا لغة ولا عرفاً ولا شرعاً، ودعوى أن ذلك غرر دعوى بلا برهان، فإن ادعى ذلك على اللغة طولب بالنقل، ولن يجد إليه سبيلاً؛ وإن ادعى ذلك على العرف فالعرف شاهد بخلافه، وأهل

(١) (٣/٣٥١). وانظر (١/٣٦٠).



العرف لا يعدون ذلك غرراً، وإن ادعاه على الشرع طولب بالدليل الشرعي...».

### المذهب المالكي:

وقد استجاب المالكية لمقتضيات التعامل فأجازوا فيما يثمر بطوناً مختلفة -أن يباع ما ظهر من الثمرة وما لم يظهر إذا اتصل نموها ولم تتميز، كالمباطخ والمقائىء والبادنجان والقرع، قياساً على جواز بيع ما طاب من الثمرة مع ما لم يطب للضرورة.

فإن انفصل بعض بطون الثمرة عن بعض، كشجر التين يوجد فيه الباكور والعصير، لم يجز بيع ما لم يخلق منها بصلاح البطن الأول.

وإن تميزت البطون كالقصيل الذي يجز مدة بعد مدة ففي بيع ذلك روايتان: إحداهما: المنع؛ حيث لا ضرورة في هذه الحالة. والثانية: الجواز؛ تشبيهاً له بما لا يتميز.

قال في بداية المجتهد<sup>(١)</sup>: (وحجة مالك فيما لا يتميز أنه لا يمكن حبس أوله على آخره، فجاز أن يباع ما لم يخلق منها مع ما خلق وبدا صلاحه، أصله جواز بيع ما لم يطب من الثمر مع ما طاب... والأصل عنده أن من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة، ولذلك منع على إحدى الروايتين عنه بيع القصيل بطناً أكثر من واحد؛ لأنه لا ضرورة هناك إذا كان متميزاً، وأما وجه الجواز في القصيل فتشبيهاً له بما لا يتميز وهو ضعيف).

\* \* \* \* \*

(١) ص (١٥٦/٢)، وانظر: القوانين الفقهية ص ٢٦١.

## الفصل الثاني العدم الكلي

قلنا فيما سبق أن العدم الكلي هو كون المعقود عليه غير موجود أصلاً وقت إبرام العقد كالمضامين وحبل الحبله والزرع والثمر قبل نباتها والموجود ضمن غيره ونحو ذلك.

وهنا نجد أنفسنا أمام أصل يقضي ببطلان بيع الأشياء المدومة. كما نجد إلى جانب هذا ضروباً من المبيعات وردت الآثار الشرعية بجوازها، مع وقوع العقد فيها على شيء معدوم. وسنفصل ذلك فيما يلي:

### المبحث الأول بطلان بيع المعدوم

لا يصلح المعدوم أن يكون محلاً للالتزام التعاقدى في الشريعة الإسلامية، لأن الملكية لا ترد على محل معدوم، بصرف النظر عن احتمال أو تحقق وجوده في المستقبل.

وإليك طائفة من تطبيقات هذه المسألة:

#### (١) المضامين؛

المضامين هي ما في ظهور الأنعام، قال أبو عبيد: الملاقيح ما في البطون وهي الأجنة، والمضامين ما في أصلاب الفحول وهي جمع مضمون<sup>(١)</sup>.

وقد كان العرب في جاهليتهم يتبايعون الأجنة في بطون الأنعام، وما تضربه الفحول في عام واحد أو أعوام متعددة.

يقول الشاعر العربي في هذا المعنى:

إن المضامين التي في الصلب ماء الفحول في الظهور الحذب

(١) انظر: لسان العرب مادة مضمون.

فلما جاء الإسلام أبطل هذه البياعات لما تنطوي عليه من الغرر. روى سعيد بن المسيب عن أبي هريرة رضي الله عنه : (أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن بيع المضامين والملاقيح). وحكى ابن المنذر إجماع أهل العلم على عدم جواز بيع الملاقيح والمضامين<sup>(١)</sup>.  
 (٢) حبل الحبلية؛

ومن بيوع العرب في جاهليتهم أيضاً بيع حبل الحبلية. وهو: نتاج النتاج. وقد أبطله الإسلام لما يقضى إليه من التشاجر والنزاع المنافي للمصلحة. روى ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وآله : (أنه نهى عن بيع حبل الحبلية) متفق عليه.

وللعلماء في تفسير ذلك وجهان:

أحدهما: أن يبيع إلى أن تحمل الناقة وتضع ثم يحمل هذا البطن الثاني، وعله منعه على هذا التفسير جهالة الأجل.

والثاني: أن يبيع نتاج النتاج، وسبب بطلانه أنه بيع معدوم<sup>(٢)</sup>.

وقد فسره الإمام أحمد رحمه الله بالمعنى الأول.

جاء في مسائل الإمام أحمد رواية ابنه عبد الله<sup>(٣)</sup>: (حدثنا قال: سئل أبي وأنا أسمع عن حبل الحبلية قال الذي في بطنها إذا وضعت وتحمل فنهى النبي صلى الله عليه وآله عن هذا لأنه غرر).

وروى مسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: (كان أهل الجاهلية يتبايعون لحم الجزور إلى حبل الحبلية، وحبل الحبلية أن تتجج الناقة ثم تحمل التي نتجت فنهاهم النبي صلى الله عليه وآله).

(١) وانظر: المغني (٤/٢٧٦).

(٢) وانظر: شرح العمدة لابن دقيق العيد (٢/١٣٠-١٣١).

(٣) ص ١٥٤.

### ٣) الزرع والثمر قبل نباتهما،

يشترط لانعقاد البيع أن يكون المبيع موجوداً، فلا ينعقد بيع الزرع والثمر قبل ظهورهما، لأنهما معدومان<sup>(١)</sup>.

ويعرف بيع ما أثمر هذا البستان سنة أو سنتين أو أكثر بالمعاومة أي بيع الثمرة أعواماً. كما يعرف ببيع السنين وهو غير جائز بالإجماع.

ويرى العلامة ابن تيمية أن استئجار الأرض والشجر لاستثمارها لا يدخل في هذا البيع مادام المستأجر هو الذي يقوم عليها.

قال في القواعد الفقهية<sup>(٢)</sup>: «وأما نهيه ﷺ عن المعاومة التي جاء مفسراً في رواية أخرى بأنه بيع السنين: فهو - والله أعلم - مثل نهيه عن بيع حبل الحبلية إنما نهى أن يتاع المشتري الثمرة التي يستثمرها رب الشجرة، وأما اكتراء الأرض والشجرة حتى يستثمرها فلا يدخل هذا في البيع المطلق وإنما هو نوع من الإجارة».

### ٤) الموجود ضمن غيره،

ويجب أن يكون جنس المبيع موجوداً وقت إبرام العقد، فلا يكفي وجود مادة يمكن استخراج ذلك الجنس أو تحويلها إليه.

وعلى هذا فلا ينعقد بيع الدقيق في الحنطة؛ لأن الدقيق معدوم ومثله الزيت في الزيتون، والدهن في السمسم، والعصير في العنب، والسمن في اللبن، والبرز في البطيخ، والنوى في التمر، واللحم في الشاة الحية، والبحير في السمسم<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر: البدائع (١٣٨/٥).

(٢) ص ١٥٨، وانظر: رسالة للعلامة الشيخ عبد الرحمن بن حسن في مجموعة الرسائل والمسائل النجدية القسم الثاني من الجزء الأول ص ٣٦٩.

(٣) انظر: البدائع (١٣٩/٥).

## المبحث الثاني المستثنيات من الأصل السابق

اقتضت حاجة التعامل جواز الإجارة والسلم والاستصناع مع أن العقد فيها يقع على شيء معدوم. وقد أجازها الفقهاء استحساناً وقالوا أنها على خلاف القياس.

وسنعرض فيما يلي لبيان ذلك في فروع ثلاثة:

### الفرع الأول: الإجارة،

وهي في الواقع بيع للمنفعة المدومة وقت العقد، وقد رأينا فيما تقدم أن بيع المعدوم لا يجوز، ولهذا قال كثير من الفقهاء أن الإجارة على خلاف القياس، وأنها إنما جازت استحساناً لورود النصوص بجوازها، وإجماع الناس عليها، وشدة حاجتهم إليها.

وليس مراد الفقهاء بكون الإجارة على خلاف القياس أنها مجردة من مراعاة المصلحة، بل المراد بذلك أنه قد روعي فيها مصلحة أخرى أخص مما قد لوحظ في نظائرها<sup>(١)</sup>.

جاء في البدائع<sup>(٢)</sup>: «الإجارة جائزة عند عامة العلماء. وقال أبو بكر الأصم أنها لا تجوز. والقياس ما قاله؛ لأن الإجارة بيع المنفعة والمنافع للحال معدومة والمعدوم لا يحتمل البيع فلا تجوز إضافة البيع إلى ما يؤخذ في المستقبل كإضافة البيع إلى أعيان تؤخذ في المستقبل، فإذن لا سبيل إلى تجويزها لا باعتبار الحال ولا باعتبار المآل فلا جواز لها رأساً.

لكننا استحسنا الجواز بالكتاب العزيز والسنة والإجماع.

(١) انظر: المدخل لابن بدران الدمشقي ص ١٤٨.

(٢) (١٧٣/٤).

أما الكتاب العزيز: فقوله عز وجل خيراً عن أب المرأتين اللتين سقى لهما موسى عليه الصلاة والسلام: «قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حَجَجٍ» [القصص: ٢٧]. أي على أن تكون أجيراً لي أو على أن تجعل عوضي عن إنكاحي ابنتي إياك رعي غنمي ثماني حجج، يقال أجره الله تعالى أي عوضه وأثابه.

وأما السنة: فما روى محمد في الأصل عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ أنه قال: (لا يستام الرجل على سوم أخيه، ولا ينكح على خطبته. ولا تناجشوا، ولا تبيعوا بإلقاء الحجر، ومن استأجر أجيراً فليعلمه أجره) وهذا منه ﷺ تعليم شرط جواز الإجارة، وهو إعلام الأجر فيدل على الجواز...

وأما الإجماع: فإن الأمة أجمعت على ذلك قبل وجود الأصم حيث يعقدون عقد الإجارة من زمن الصحابة رضي الله عنهم إلى يومنا هذا من غير نكير فلا يعبأ بخلافه، إذ هو خلاف الإجماع، وبه تبين أن القياس متروك؛ لأن الله تعالى أنما شرع العقود لحوائج العباد. وحاجتهم إلى الإجارة عامة؛ لأن كل واحد لا يكون له دار مملوكة يسكنها أو أرض مملوكة يزرعها أو دابة مملوكة يركبها، وقد لا يمكنه تملكها بالشراء لعدم الثمن، ولا بالهبه والإعارة؛ لأن نفس كل واحد لا تسمح بذلك، فيحتاج إلى الإجارة فجوزت بخلاف القياس لحاجة الناس كالسلم ونحوه.

وتحقيقه أن الشرع شرع لكل حاجة عقداً يختص بها فشرع لتمليك العين بعوض عقداً وهو البيع وشرع لتمليكها بغير عوض عقداً وهو الهبة وشرع لتمليك المنفعة بغير عوض عقداً وهو الإعارة، فلو لم يشرع الإجارة مع مساس

الحاجة إليها لم يجد العبد لدفع هذه الحاجة سبيلاً. وهذا خلاف موضوع الشرع».

ويتبين مما تقدم أن الحنفية ومن نحأ نحوهم يستتجون عدم موافقة الإجارة للقياس من مقدمتين:

**أولاهما:** أن الإجارة بيع.

**وثانيهما:** أن بيع المعدوم لا يجوز.

ولكن العلامة ابن تيمية يرى أن الإجارة موافقة للقياس.

ولابد لنا - قبل أن نعرض وجهة نظره في موافقة الإجارة للقياس - من بيان نقطة الخلاف بين منهج الأحناف، ومنهج ابن تيمية في القياس. وتتمثل نقطة الخلاف هذه في مبنى الأقيسة عند الجانبين.

(١) مبنى الأقيسة عند الأحناف:

الحكم عند الحنفية ومن نحأ نحوهم من القياسيين يدور مع علته وجوداً وعدمًا. فأساس القياس عندهم هو العلة. وهي الأمر الظاهر المنضبط الذي يجمع بين الفرع والأصل. ويميزون بينها وبين الحكمة. وهي (المصلحة المقصودة للشارع من تشريع الحكم... من جلب نفع أو دفع ضرر أو رفع حرج<sup>(١)</sup>) فحكمة إباحة الفطر في رمضان للمريض والمسافر هي رفع الحرج. أما علتها فهي المرض أو السفر. وحكمة شفعة الشريك هي دفع الضرر. وعلتها الشركة.

وبالرغم من تلاقي العلة مع الحكمة في أحوال كثيرة فقد تنفرد العلة عن الحكمة. ويكون التأثير في هذه الحالة للعلة وحدها. أما الحكمة فليس لها تأثير في

(١) مصادر التشريع فيما لا نص فيه للشيخ عبد الوهاب خلاف من مطبوعات معهد الدراسات

ثبوت الأحكام، لعدم انضباطها. ومن القياسيين من جوز التعليل بالحكمة بلا تفصيل. ومنهم من جوز التعليل بالحكمة الظاهرة المنضبطة. ومنع التعليل بالحكمة الخفية المضطربة.

يقول الآمدي<sup>(١)</sup>: «ذهب الأكثرون إلى امتناع تعليل الحكم بالحكمة المجردة عن الضابط، وجوزه الأقلون، ومنهم من فصل بين الحكمة الظاهرة المنضبطة بنفسها، والحكمة الخفية المضطربة، فجوز التعليل بالأولى دون الثانية، وهذا هو المختار».

والخفية كما سبق القول يمنعون من تعليل الحكم بحكمته، ويعلمونه بعلته لانضباطها.

فإذا وردت نصوص شرعية تخالف علل الأحكام أخذوا بها خلافاً للقياس واقتصروا على موارد<sup>(٢)</sup>.

## ٢) القياس عند ابن تيمية أساسه الحكمة:

أما ابن تيمية فيبقى القياس على الحكمة أحياناً بالرغم من عدم ضبطها في بعض الأحوال؛ لأن الحكم إن لم يدخل في نطاق حكمة معينة فسيدخل في عموم حكمة أخرى أوسع منها. وليس هنالك نص شرعي إلا وفيه مصلحة مشروعة وله حكمة معروفة قد يظهر لبعض الناس وتخفى على البعض، وعلى هذا فهو لا يرى في أحكام الشريعة كلها ما يخالف الأقيسة الصحيحة، ولا يرى في الأقيسة السليمة ما يتعارض مع النصوص وجماع موافقة الأحكام عنده للقياس أن تتفق مع المقاصد التي تتمثل في جلب المنافع ودفْع المضار

(١) انظر: الإحكام (٣/٢٩٠).

(٢) انظر: المجموع وشرحه المنافع ص ٣٣١-٣٣٢.



ومهما يكن من أمر فالمنهاجان - وإن اختلفا نظرياً - فهما متفقان من الناحية العملية<sup>(١)</sup>.

رأي ابن تيمية في موافقة الإجارة للقياس:

قلنا فيما سبق أن الحنفية يستتجون عدم موافقة الإجارة للقياس من مقدمتين:

إحدهما: أن الإجارة بيع.

ثانيها: أن بيع المعدوم لا يجوز.

وقد تصدى العلامة ابن تيمية لمناقشة هاتين المقدمتين مبيناً ما تنطويان عليه من إجمال وتلبيس، فهدم المقدمة الأولى بالنسبة إلى البيع الخاص الذي يتبادر من لفظ البيع عند إطلاقه؛ لأن الإجارة ليست من قبيل بيع الأعيان، وإنما هي بيع منفعة، فالبيع الخاص يقع على أعيان معينة أو مضمونة في الذمة، والإجارة ترد على المنافع.

وهدم المقدمة الثانية بالنسبة إلى المنافع فقد أذن الشارع بجواز المعاوضة العامة على المعدوم.

جاء في رسالة القياس لابن تيمية<sup>(٢)</sup>: «أما الأول فقولهم: الإجارة بيع معدوم وبيع المعدوم على خلاف القياس، مقدمتان مجملتان فيهما تلبيس، فإن قولهم: الإجارة بيع إن أرادوا إنها البيع الخاص الذي يعقد على الأعيان فهو باطل، وإن أرادوا البيع العام الذي هو معاوضة إما على عين وإما على منفعة

(١) انظر: بحثاً قيماً في هذا الموضوع لأستاذنا الشيخ محمد أبي زهرة في كتابه ابن تيمية ص ٤٧٢ وما بعدها.

(٢) ص (٢١-٢٤) ط السلفية.

فقولهم في المقدمة الثانية: أن بيع المعدوم لا يجوز إنما يسلم إن سلم في الأعيان لا في المنافع... والمقصود هنا أن قول القائل: إن الإجارة نوع من البيع إن أرادوا به البيع الخاص، وهو الذي يفهم من لفظ البيع عند الإطلاق فليس كذلك فإن ذلك إنما ينعقد على أعيان معينة أو مضمونة في الذمة، وإن أراد به إنها نوع من المعاوضة العامة التي تتناول العقد على الأعيان والمنافع فهذا صحيح، لكن قوله: أن المعاوضة العامة لا تكون على معدوم دعوى مجردة بل دعوى كاذبة؛ فإن الشارع جوز المعاوضة العامة على المعدوم».

ثم يعرض لقياس بيع المنافع على بيع الأعيان، فيمنع هذا القياس؛ لاختلاف الأعيان عن المنافع.

فالأعيان قد تكون موجودة في بعض الأحيان. وقد تكون معدومة أحياناً أخرى، وإذا كانت موجودة فليس ثمة مانع من صحة العقد عليها. وإن كانت غير موجودة لم يصح العقد عليها؛ لما في ذلك من المخاطرة والغرر.

وأما المنافع فوجودها مقترن بالتمكن من الانتفاع بها؛ لأنها لا توجد إلا شيئاً فشيئاً، وبيعها حالة وجودها لا يتصور قال<sup>(١)</sup>: (وإن قاس بيع المنافع على بيع الأعيان فقال: كما أن بيع الأعيان لا يكون إلا على موجود فكذلك بيع المنافع، وهذا حقيقة كلامه، فهذا القياس في غاية الفساد فإن من شرط القياس أن يمكن إثبات حكم الأصل في الفرع وهو هنا متعذر؛ لأن المنافع لا يمكن أن يعقد عليها في حال وجودها، فلا يتصور أن تباع المنافع في حال وجودها كما

(١) المرجع السابق.

تباع الأعيان في حال وجودها، والشارع أمر الإنسان أن يؤخر العقد على الأعيان التي لم تخلق إلى أن تخلق، كما نهى عن بيع السنين وبيع حبل الحبلية وبيع الثمر قبل بدو صلاحه وعن بيع الحب حتى يشتد ونهى عن بيع المضامين والملاقيح وعن المجر وهو الحمل؛ وهذا كله نهى عن بيع حيوان قبل أن يخلق. وعن بيع حب وثمر قبل أن يخلق، وأمر بتأخير بيعه إلى أن يخلق وهذا التفصيل وهو منع بيعه في حال وإجازته في حال يمتنع مثله في المنافع.

فإنه لا يمكن أن تباع إلا هكذا، فما بقي حكم الأصل مساوياً لحكم الفرع). ثم يقدر أنهم عللوا قياسهم بمجرد العدم فيبين فساد القياس على هذا الوجه أيضاً، موضحاً أن العلة في منع بيع الأعيان المعدومة ليست مجرد العدم، بل كونها معدومة يمكن إيراد العقد عليها إذا وجدت بخلاف المنافع إذ ليس لها إلا حال واحدة فلا تتحقق فيها هذه العلة؛ لاستحالة وجودها على نحو يمكن فيه العقد عليها.

ويشير إلى أن الحكمة وقواعد الشريعة وأصولها تعقد التعليل الذي ارتضاه. وأن العقد على المنفعة التي توجد شيئاً فشيئاً ليس فيه غرر، لأن الغالب فيه السلامة.

وإن منع الإجارة لعدم وجود المعقود عليه وقت إبرام العقد يترتب عليه ضرر أكبر مما عسى أن ينجم عن العقد على منافع معدومة وقت التعاقد.

قال<sup>(١)</sup>: «إلا أن يقال فأننا أقيسه على بيع الأعيان المعدومة فيقال له هنا شيئان: أحدهما يمكن بيعه في حال وجوده وحال عدمه فنهى الشارع عن بيعه إلا إذا وجد، والثاني الآخر لا يمكن بيعه إلا في حال عدمه فالشارع لما نهى عن

(١) المرجع السابق.

بيع ذلك حال عدمه فلا بد إذا قست عليه أن تكون العلة الموجبة للحكم في الأصل ثابتة في الفرع، فلم قلت أن العلة في الأصل مجرد كونه معدوماً؟ ولم لا يجوز أن يكون بيعه في حال عدمه مع إمكان تأخير بيعه إلى حال وجوده؟ وعلى هذا التقدير فالعلة مقيدة بعدم خاص، وهو معدوم يمكن بيعه بعد وجوده، وأنت إن لم تبين أن العلة في الأصل القدر المشترك كان قياسك فاسداً.

وهذا سؤال المطالبة وهو كاف في وقف قياسك. لكن نبين فساده فنقول: ما ذكرناه علة مطردة وما ذكرته علة منتقضة فإنك إذا عللت المنع بمجرد العدم انتقضت علتك ببعض الأعيان والمنافع، وإذا عللته بعدم ما يمكن تأخير بيعه إلى حال وجوده، أو بعدم هو غرر، أطردت العلة.

وأيضاً فالمناسبة تشهد لهذه العلة، فإنه إذا كان له حال وجود وعدم كان بيعه حال العدم فيه مخاطرة وقماراً، وبها علل النبي ﷺ المنع حيث قال: (أرأيت أن منع الله الثمرة فيه يأخذ أحدكم مال أخيه بغير حق) بخلاف ما ليس له إلا حال واحدة والغالب فيه السلامة، فإن هذا ليس مخاطرة، فالحاجة داعية إليه، ومن أصول الشرع أنه إذا تعارضت المصلحة والمفسدة قدم أرجحهما، فهو إنما نهى عن بيع الغرر لما فيه من المخاطرة التي تضر بأحدهما، وفي المنع مما يحتاجون إليه من البيع ضرر أعظم من ذلك، فلا يمنعهم من الضرر اليسير بوقوعهم في الضرر الكثير، بل يدفع أعظم الضررين باحتمال أدناهما، ولهذا لما نهاهم عن المزابنة لما فيها من نوع ربا أو مخاطرة فيها ضرر أباحها لهم في العرايا للحاجة، لأن ضرر المنع من ذلك أشد، وكذلك لما حرم عليهم الميتة لما فيها من خبث التغذية أباحها لهم عند الضرورة، لأن ضرر الموت أشد. ونظائره كثيرة.

ولقد سلم ابن تيمية جدلاً في هذه المناقشة بعدم جواز بيع المعدوم. ولم يكن تسليمه عن إقناع بذلك بل تنزل مع الخصم فقط. ليبين أن تلك المقدمة لا تؤدي إلى النتيجة التي يقولون بها.

ولهذا نراه يعود مرة أخرى فيهدم تلك المقدمة أيضاً.

يقول: «وهذا الذي ذكرناه في الإجارة بناء على تسليم قولهم: أن بيع

الأعيان المعدومة لا يجوز، وهذه المقدمة الثانية والكلام عليها من وجهين:

أحدهما: أن نقول: لا نسلم صحة هذه المقدمة فليس في كتاب الله ولا سنة رسوله بل ولا عن أحد من الصحابة أن بيع المعدوم لا يجوز لا بلفظ عام ولا بمعنى عام، وإنما فيه النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي معدومة كما فيه النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي موجودة وليست العلة في المنع لا الوجود ولا العدم، بل الذي ثبت في الصحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الغرر، والغرر ما لا يقدر على تسليمه سواء كان موجوداً أو معدوماً كالعبد الآبق والبعير الشارد ونحو ذلك مما قد لا يقدر على تسليمه بل قد يحصل وقد لا يحصل، هو غرر لا يجوز بيعه وإن كان موجوداً، فإن موجب البيع تسليم المبيع والبائع عاجز عنه، والمشتري إنما يشتريه مخاطرة ومقامرة، فإن أمكنه أخذه كان المشتري قد قمر البائع، وإن لم يمكنه أخذه كان البائع قد قمر المشتري، وهكذا المعدوم الذي هو غرر نهى عن بيعه لكونه غرراً لا لكونه معدوماً كما إذا باع ما يحمل هذا الحيوان أو ما يحمل هذا البستان فقد يحمل وقد لا يحمل فالمحمول لا يعرف قدره ولا وصفه فهذا من القمار وهو من الميسر الذي نهى الله عنه، ومثل هذا إذا أكره دواب لا يقدر على تسليمها أو عقاراً لا يمكنه تسليمه بل قد يحصل وقد لا يحصل فإنه إجارة غرر.

الوجه الثاني: أن نقول: بل الشارع صحح بيع المعدوم في بعض المواضع، فإنه ثبت عنه في غير وجه أنه نهى عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه، ونهى عن بيع الحب حتى يشتد، وهذا من أصح الحديث. وهو في الصحيح عن غير واحد من الصحابة، فقد فرق بين ظهور الصلاح وعدم ظهوره، فأحل أحدهما وحرّم الآخر، ومعلوم أنه قبل ظهور الصلاح لو اشتراه يشترط القطع كما يشتري الحصرم ليقطع حصرماً جاز بالاتفاق، وإنما نهى عنه إذا بيع على أنه باق، فيدل ذلك على أنه جوز بعد ظهور الصلاح أن يبيعه على البقاء إلى كمال الصلاح.

وهذا هو مذهب جمهور العلماء كمالك والشافعي وأحمد وغيرهم».

#### الفرع الثاني: السلم؛

السلم هو بيع عين معدومة موصوفة في الذمة إلى أجل معلوم مقدور عليه عند الأجل بثمن مقبوض عند العقد<sup>(١)</sup>.

وهو أيضاً من العقود المخالفة للقياس عند جمهور الفقهاء.

ووجه مخالفته للقياس: أن المسلم فيه ليس موجوداً عند البائع، ولا موجوداً وقت إبرام العقد، والأصل منع بيع الإنسان ما ليس عنده، ومنع بيع المعدوم. وأن المبيع في هذا العقد معلوم الصفة والنوع والجنس، وهذه من خصائص الدين الثابت في الذمة، والأصل في المبيع أن يكون معيناً لا ديناً في الذمة.

(١) عرفه الفقيه المالكي ابن عرفة بقوله: (عقد معاوضة يوجب عمارة ذمة بغير عين ولا منفعة

غير متماثل العوضين) انظر: الرصاع ص ٢٩١.

وقد اخترنا تعريف ابن حمدان الفقيه الحنبلي، نقلاً عن الإنصاف (٨٤/٥). هذا وقد ذكر

المرداوي صاحب الإنصاف طائفة من تعاريف الحنابلة لهذا العقد.

لهذه الأسباب قال الفقهاء: أن عقد السلم على خلاف القياس، ولكنه يجوز استحساناً؛ لأن النبي ﷺ أجازته، ولأن حاجة التعامل اقتضته، ولأن فيه فائدة للبائع والمشتري، فالبائع يقبض رأس مال السلم فيسد به حاجته، أو يوظفه في عمل رابح من صناعة أو زراعة أو تجارة، والمشتري الذي دفع نقوده إلى البائع في نظير المسلم فيه يتوقع الربح أيضاً لحصول المبيع في غالب الأحوال بضمن أرخص مما لو اشتراه بواسطة البيع العادي.

رأي ابن تيمية في موافقة السلم للقياس:

قلنا فيما تقدم أن الفقهاء يرون أن عقد السلم على خلاف القياس؛ لأن المبيع فيه معلوم الصفة والنوع والجنس، وهذه من مميزات الدين الذي يكون في الذمة، والأصل في المبيع أن يكون معيناً لا ديناً في الذمة. وأن المسلم فيه غير موجود عند البائع، ولا موجود وقت التعاقد والأصل منع بيع الإنسان ما ليس عنده، ومنع بيع المعدوم. ولكنه جاز استحساناً، لأن النبي ﷺ أجازته، ولأن العرف جرى به، ولأن فيه مصلحة للبائع والمشتري.

ويعزو العلامة الشيخ محمد أبو زهرة كون السلم على وفق القياس من وجهة نظر شيخ الإسلام ابن تيمية، إلى أن البائع هو الذي يدفع النقود، وأن المسلم إليه هو المشتري، وعلى هذا الترخيب يكون المسلم فيه ديناً ثابتاً في الذمة، فلا يوجد بيع الإنسان ما ليس عنده، ولا يوجد بيع المعدوم<sup>(١)</sup>.

غير أن مقتضى هذا الترخيب جعل المسلم فيه ثمناً، والحال أنه مبيع، وجعل رأس مال السلم مبيعاً والمعروف أنه ثمن.

(١) انظر: كتاب ابن تيمية، ص ٤٧٩.

لهذا أحسب أن ابن تيمية يريد تشبيه المبيع في السلم بالديون الأخرى في غير عقد السلم من حيث تأجيلها في الذمة، وأرى أن وجه موافقة عقد السلم للقياس عند ابن تيمية هو كون المسلم فيه مضموناً في ذمة البائع بالإضافة إلى صفته والقدرة على تسليمه في الغالب، ومن شأن توافر هذه الأوصاف أن يكون المعدوم في حكم الموجود، ولا يكون السلم مخالفاً للقياس على هذا التقدير<sup>(١)</sup>.

ولا بد -بعد أن عرضنا رأي الفقهاء في مخالفة السلم أو موافقة للقياس- من أن ندرس هذا العقد، لكثرة القيود التي وضعت عليه خشية الضرر.

#### شروطه عقد السلم:

هناك شروط تتعلق برأس مال السلم، وشروط خاصة بالمسلم فيه. فأما شروط رأس مال السلم فمنها ما يراد به دفع الجهالة المفضية إلى النزاع كبيان جنسه (ذهب أو فضة)، ونوعه كريال عربي أو فرنسي، وحنطة سقية، وتمر برني، وصفته كجيد ووسط ووردي، و قدره إذا تعلق به العقد كالمكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة.

ولا تكفي الإشارة إليه في قول أبي حنيفة؛ لأن جهالة رأس مال السلم تؤدي إلى جهالة قدر المسلم فيه. وهي مفسدة للعقد.

وقال أبو يوسف ومحمد: يكفي التعيين بالإشارة؛ لأنها تفيد تعيين رأس المال، ولا حاجة لبيان مقداره.

فإن لم يتعلق العقد بقدره كالمذروعات والعدديات المتفاوتة فقال: أسلمت إليك هذا القطيع من الغنم دون معرفة عدده. أو هذا الثوب ولم يعرف ذرعه اكتفى بالإشارة إليه إجماعاً عند الأحناف<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر: إعلام الموقعين (١/٣٤٩).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٠١).



واشترط الحنابلة أيضاً معرفة رأس مال السلم ومعرفة صفته. ونصوا على عدم الاكتفاء بمشاهدته كما لو عقده بصبره لا يعلمان قدرها ووصفها؛ لأن عقد السلم عرضة للفسخ والعودة به إلى رأس المال فلا بد من معرفة ذلك<sup>(١)</sup>.

وللشافعية في ذلك قولان: أحدهما وجوب ذكر صفاته ومقداره، لاحتمال انفساخ عقد السلم بسبب انقطاع المسلم فيه. وإذا انفسخ عقد السلم رجع المتعاقدان إلى رأس المال. فيجب أن يكون معروف الصفة والقدر، والقول الثاني: لا يجب ذلك ويكتفي بالمشاهدة عن ذكر صفاته وقدره، لأن عقد السلم لا يقتضي رد المثل<sup>(٢)</sup>.

أما المالكية فيجيزون أن يكون رأس مال السلم جزافاً مع مراعاة شروط بيعه. قال في الشرح الكبير<sup>(٣)</sup>: (وجاز بجزاف ويعتبر فيه شروط بيعه) ونقل في القوانين الفقهية أن هذه المسألة موضع خلاف في المذهب المالكي<sup>(٤)</sup>.

ومنها: ما يجيزون به عن الوقوع في بيع الدين بالدين وذلك في اشتراط الحنفية والشافعية والحنابلة قبض رأس مال السلم في مجلس العقد؛ لأن المسلم فيه دين. فإذا لم يقبض رأس المال افترقا عن دين بدين، (وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ)، أي: النسيئة بالنسيئة، وفي صيغة عقد السلم دلالة على اشتراط القبض؛ لأن لفظي السلم والسلف يشيران بالتسليم والتقدم.

(١) انظر: شرح المنتهى (٢/٢٢١).

(٢) انظر: المهذب (١/٣٠٠).

(٣) (٣/١٩٧).

(٤) انظر: القوانين الفقهية ص ٢٦٠.

وقد استنبط الإمام الشافعي رحمه الله هذا الشرط من قوله عليه السلام (فليسلف) أي فليعط. قال: «لأنه لا يقع اسم السلف فيه حتى يعطيه ما أسلفه قبل أن يفارقه من أسلفه»<sup>(١)</sup>.

ويجيز المالكية تأخير قبض رأس مال السلم إلى ثلاثة أيام وقال ابن سحنون وطائفة من البغداديين بفساد السلم إذا اشترط تأخير دفع رأس المال إلى ثلاثة أيام لظهور قصد الدين بالدين في هذه الحالة بخلاف تأخيره بلا شرط<sup>(٢)</sup>.

وإذا تأخر دفع رأس المال عن ثلاثة أيام بشرط فسد السلم بالاتفاق سواء كان التأخير كثيراً جداً أو غير كثير.

وإن تأخر دفعه بلا شرط فللإمام مالك رحمه الله في هذه الحالة قولان: أحدهما: فساد السلم. والثاني: عدم فساده بصرف النظر عن كون التأخير كثيراً جداً وعدم كونه كذلك<sup>(٣)</sup>.

كما يجيز المالكية أيضاً أن يكون رأس مال السلم منفعة شيء معين كسكنى دار في أردب قمح مثلاً بشرط القبض، وفي هذه الحالة قد يتم قبض المسلم فيه قبل استيفاء المنفعة التي هي رأس مال السلم، وسر جواز ذلك أن قبض الأوائل يعتبر قبضاً للأواخر<sup>(٤)</sup>.

ومن شروط المسلم فيه بيان جنسه كبر أو شعير أو تمر، ونوعه إن كان مما يختلف نوعه كقطن أشمونى وقمح أمريكى ورز هندي، وصفته كجيد أو وسط أو رديء.

(١) انظر: المنتهى (٢/٢٢٠).

(٢) انظر: الشرح الكبير للدردير (٣/١٩٥).

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

وقدره بكيل أو وزن أو عد أو ذرع.

وأن يؤمن فقد المكيال والمصيار والمقياس.

فإن قدر بإناء لا تعرف سعته أو بحجر لا يعلم وزنه، أو بمقياس لا يدري طوله فسد السلم.

ولا بد من إمكان ضبط قدر المسلم فيه وصفته؛ لأن عدم ضبط القدر والصفة يجعله مجهولاً جهالة فاحشة تؤدي إلى النزاع وتفسد العقد.

ولهذا جاز السلم في ذوات الأمثال - المكيلات والموزونات - لإمكان ضبط قدرها وصفتها.

كما يجوز السلم في العدديات التقارية كالجوز والبيض لأن الجهالة فيها يسيرة لا تؤدي إلى النزاع، وصغيرها وكبيرها سواء؛ لعدم وقوع التنازع في ذلك بين الناس عادة<sup>(١)</sup>.

ويجوز السلم استحساناً في الذرعيات كالثياب والبسط والحصر والبواري ونحوها، لقوله تعالى: «وَلَا تَسْعَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ» البقرة:

١٢٨٢، والصغير والكبير يقال في الذرعيات والعدديات لا في المكيل والموزون.

ولتقارب التفاوت فيها إذا بينت أجناسها وأنواعها وصفاتها، ولأن إسلام الناس في الثياب يعتبر إجماعاً منهم على جواز السلم فيها.

وإذا أسلم في ثوب حرير فإن كان مما تختلف قيمته باختلاف وزنه فلا بد من بيانه أيضاً؛ لأن جهالة الوزن تفضي إلى النزاع، وإن لم تختلف قيمته جاز ترك ذكر الوزن؛ لعدم إفضاء الجهالة به إلى المنازعة.

(١) انظر: بدائع الصنائع (٥/٢٠٧)، والمهذب (١/٢٩٨-٢٩٩) وشرح المنتهى (٢/٢١٦)،

والشرح الكبير للدردير (٣/٢٠٨).

أما العديديات المتفاوتة كالحيون والجواهر والجلود ونحوها فلا يجوز السلم فيها؛ لعدم إمكان ضبطها بالوصف<sup>(١)</sup>.

### نموذج من تعارض وجهات النظر؛

ليس الغرض إحصاء المسائل التي تتعارض وجهات الفقهاء في إمكان ضبطها بالوصف وعدم إمكانه، لأنها غير منحصرة.

ولكني أورد - فيما يلي - بعض الأمثلة على ذلك فقط.

فقد منع الحنفية السلم في الحيوان لعدم إمكان ضبطه بالصفة<sup>(٢)</sup>.

وقال المالكية والشافعية والحنابلة بجواز السلم فيه؛ لأنه - من وجهة نظرهم - يتشابه ويمكن ضبطه<sup>(٣)</sup>.

ومنع الحنفية والشافعية والحنابلة السلم في الجواهر، لعدم انضباط صفاتها ولاختلافها اختلافاً كثيراً في الصغر والكبر وحسن التدوير والصفاء<sup>(٤)</sup>.

وذهب المالكية إلى جواز السلم في الدر والفصوص<sup>(٥)</sup>.

ومنع أبو حنيفة رحمته الله السلم في اللحم، وأجازه مالك والشافعي وأحمد<sup>(٦)</sup>.

ومن شروط المسلم فيه عند الأحناف وجوده في الأسواق من وقت العقد إلى وقت الوفاء، فإذا أراد أن يسلم في طعام فلا بد أن يسلم في طعام بلدة كبيرة

(١) انظر: بدائع الصنائع (٢٠٨/٥).

(٢) المرجع السابق.

(٣) انظر: بداية المجتهد (٢٠٠/٢)، المهذب (٢٩٧/١)؛ شرح المنتهى (٢١٤/٢).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٢٠٩/٥)، والمهذب (٢٩٧/١)، شرح المنتهى (٢١٥/٢).

(٥) انظر: بداية المجتهد (٢٠٠/٢).

(٦) انظر: بداية المجتهد (٢٠٠/٢)، وشرح المنتهى (٢١٤/٢).

القاهرة ودمشق، لعدم نفاذ طعام هذه البلاد في الغالب، وقال بعضهم بعدم جواز السلم إلا في طعام ولاية لاحتمال انقطاعه فيما دون ذلك<sup>(١)</sup>. ويرى العلامة ابن القيم أن في هذا الشرط تضييقاً لنطاق التعامل وخروجاً عن مقتضى القياس والمصلحة، بالرغم من قصد الحنفية بذلك إبعاد السلم عن الغرر.

قال: «والذين شرطوا أن يكون دائم الجنس غير منقطع قصدوا به إبعاده من الغرر بإمكان التسليم لكن ضيقوا ما وسع الله وشرطوا ما لم يشرطه وخرجوا عن موجب القياس والمصلحة.

أما القياس فإنه أحد العوضين فلم يشترط دوامه ووجوده كالثمن. وأما المصلحة فإن في اشتراط ذلك تعطيل مصالح الناس؛ إذ الحاجة التي لأجلها شرع الله ورسوله السلم الارتفاق من الجانبين، هذا يرتفق بتعجيل الثمن، وهذا يرتفق برخص الثمن، وهذا قد يكون في منقطع الجنس كما قد يكون في متصله، فالذي جاءت به الشريعة أكمل شيء وأقومه بمصالح العباد»<sup>(٢)</sup>.

وذهب الشافعية والحنابلة والمالكية إلى أن القدرة على تحصيل المسلم فيه عند حلول أجل السلم تبرر جوازه، وإن لم يكن موجوداً وقت إبرام العقد، ولا مستمر الوجود إلى وقت الوفاء، اكتفاء بغلبة وجوده عند حلول الأجل وكونه مأمون الانقطاع في تلك الفترة؛ لأنها وقت وجوب التسليم. فإن لم يؤمن انقطاعه فيها لم يصح السلم كما لو أسلم في ثمرة بستان بعينه.

(١) انظر: بدائع الصنائع (٢١١/٥).

(٢) انظر: إعلام الموقعين (١/٣٥٠).

وكذلك لا يجوز تأجيل السلم بمدة لا يؤمن انقطاعه فيها؛ لاحتمال تعذر الحصول عليه عند حلول أجله<sup>(١)</sup>.

ومن شروط المسلم فيه عند الحنفية والحنابلة والمالكية أن يكون مؤجلاً بأجل معلوم، لقوله عليه الصلاة والسلام: من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم<sup>(٢)</sup>، فقد أمر عليه الصلاة والسلام بمراعاة الأجل، والأمر يقتضي الوجوب؛ ولأن المسلم إليه لا يعتبر قادراً على التسليم إلا بعد مضي مدة لها وقع في الثمن، أما قبل ذلك فالظاهر عجزه عن التسليم.

والسلم الحال يستدعي المطالبة به فور إبرام العقد، فإذا طُلب به - والحال هذه - أدى ذلك إلى وقوع نزاع بينهما على نحو تقع معه الحاجة إلى فسخ العقد. ويضاف إلى ذلك أن السلم شرع رخصة للرفق بالمفاليس، ولا يحصل الرفق إلا بالأجل.

على أن طبيعة عقد السلم تقتضي التأجيل، لأن المسلم إليه يبيع ما ليس عنده بأقل من ثمنه في مقابلة الأجل، ورب السلم يرضى بالتأجيل ليحصل على السلعة التي يريد بها ثمن أرخص مما لو اشتراها بطريق البيع العادي. ففي تأجيل عقد السلم جماع المصلحتين.

على أن تأجيل هذا العقد يخرج عن بيع ما ليس عند الإنسان - المنهي عنه - إذ الغالب تحصيل المسلم فيه عند الأجل وكأن المسلم إليه قد باع ما هو عنده عند الأجل<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر: المهذب للشيرازي (١/٢٩٨)، وشرح المنتهى (٢/٢٢٠)، والشرح الكبير للدردير (٢١١/٣).

(٢) انظر: صحيح البخاري (٢٢٣٩)، صحيح مسلم (١٦٠٤).

(٣) انظر: البدائع (٥/٢١٢)، وشرح المنتهى (٢/٢١٨)، والشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه (٣/٢٠٥).

وذهب الشافعية إلى جواز السلم الحال ؛ لأن الغاية من الأجل هي تمكين المسلم إليه من الاكتساب. وليس ذلك بلازم، ولأن جواز السلم مؤجلاً يقتضي جوازه حالاً بطريق الأولى، لبعده عن الغرر<sup>(١)</sup>.

#### تحديد أقل مدة السلم؛

اختلف الحنفية في تقدير أقل مدة السلم.

فروى عن الكرخي أن ذلك متروك للعاقدين حتى لو قدر نصف يوم جاز، ومنهم من قدر أقلها بثلاثة أيام قياساً على خيار الشرط.

وذكر الكاساني في البدائع أن هذا القياس غير مستقيم ؛ لأن الثلاث هي أكثر مدة خيار الشرط على أصل أبي حنيفة رحمه الله أما أقل مدته فغير مقدر.

وقد نقل عن محمد رحمه الله أنه قدرها بشهر وهذا هو الأرجح ؛ لأن المقصود من تأجيل السلم هو تمكين المسلم إليه من الاكتساب، والشهر مدة تتسع لذلك بخلاف ما دونه، فالتأجيل إليه يعتبر في حكم الحلول لقصر مدته<sup>(٢)</sup>.

وقدر المالكية أقل أجل السلم بمظنة اختلاف الأسواق، فإن كان قبض المسلم فيه في بلد العقد فأقل المدة خمسة عشر يوماً، لأن الأسواق تختلف بعد هذه الفترة في البلد الواحد، وروى ابن وهب عن مالك أنه يجوز اليومين والثلاثة، وقال ابن عبدالحكم : لا بأس به إلى اليوم الواحد<sup>(٣)</sup>.

وإن كان قبضه في غير بلد عقده فمظنه اختلاف الأسواق بين البلدين أن تكون المسافة بينهما يومين، وإن لم تختلف بالفعل، ويكتفي بذلك عن الأجل بشروط خمسة :

(١) انظر: المذهب (١/٢٩٧).

(٢) انظر: البدائع (٥/٢١٣).

(٣) انظر: بداية المجتهد (٢/٢٠٢).

- ١- اشتراط قبض المسلم فيه فور الوصول للبلد الثانية.
- ٢- أن تكون المسافة بين البلدين يومين فأكثر ذهاباً.
- ٣- اشتراط الخروج فوراً في العقد، وأن يخرجاً فعلاً إما بنفسيهما أو بوكيليهما.
- ٤- تعجيل رأس المال في المجلس أو قربه.
- ٥- أن يكون السفر في اليومين ببر أو بحر بغير ربح لأن السفر في البحر بالريح لا ينضبط لجواز قطع المسافة الكبيرة في الزمن القليل، وذلك يؤدي إلى السلم الحال<sup>(١)</sup>.

أما الحنابلة فيقدرون أقل مدة السلم بما لها وقع في الثمن عادة، ومثل بعضهم لذلك بشهر، ومثل له في الكافي بنصف شهر<sup>(٢)</sup>.

#### جهالة أجل السلم؛

اتفق الحنفية والحنابلة والمالكية على أن جهالة أجل السلم مفسدة للعقد؛ لأنها تؤدي إلى النزاع<sup>(٣)</sup>.

واختلفوا في تقدير الجهالة، فيرى المالكية أن تأجيل السلم إلى الحصاد والدراس جائز؛ لأنه معلوم حكماً<sup>(٤)</sup>.

ويرى الحنابلة أن الحصاد والجذاذ ونحوهما كنزول المطر مجهول يختلف بالقرب والبعد، فلا يصح أجلاً للسلم<sup>(٥)</sup>.

(١) انظر: الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي (٢٠٥/٣).

(٢) انظر: شرح المنتهى (٢١٨/٢)، الكافي لابن قدامة (١٦١/٣).

(٣) انظر: البدائع (٢١٢/٥). وغاية المنتهى (٧٨/٢)، والشرح الكبير للدردير (٢٠٥/٣)،

وحاشية الدسوقي عليه.

(٤) انظر: الشرح الكبير للدردير (٢٠٥/٣).

(٥) انظر: شرح المنتهى (٢١٩/٢).



ومن شروط المسلم فيه أن يكون ديناً في ذمة المسلم إليه، فلا يجوز السلم في البيوت والعقار، لعدم ثبوتها في الذمة<sup>(١)</sup>.

ومن شروطه عند الحنفية أن يكون مما يتعين بالتعيين، فلا يجوز السلم في الدراهم والدنانير، لعدم تعيينها في عقود المعاوضة.

واختلفوا في السلم في الفلوس فأجازه أبو حنيفة وأبو يوسف لأن الفلوس تتعين بالتعيين، ومنع محمد السلم فيها؛ لأنها أثمان<sup>(٢)</sup>.

ولا يجوز عند المالكية أن يكون رأس المال والمسلم فيه نقدين كأن يسلم ذهباً في فضة أو فضة في ذهب أو أحدهما في مثله، لأداء ذلك لربا الفضل والنسيئة عند تحقق الزيادة.

وأدائه لربا النسيئة عند تساوي رأس المال والمسلم فيه<sup>(٣)</sup>.

ويصح السلم في الأثمان عند الشافعية، لأنها تضبط بالصفة<sup>(٤)</sup>.

ويفرق الحنابلة -بالنسبة للأثمان- بين الخالص منها والمغشوش فيجيزون

السلم في الأثمان الخالصة لأنها تثبت في الذمة ثمناً فتثبت سلماً، ويمنعونه في الأثمان المغشوشة لحيلولة غشها دون معرفة المقصود منها. وذلك غرر<sup>(٥)</sup>.

ومن شروط المسلم فيه عند أبي حنيفة وأبي يوسف بيان مكان إيفاء ماله

حمل ومؤونة، وليس ذلك بشرط عند محمد، أما ما لا حمل له ولا مؤونة فعن أبي حنيفة فيه روايتان:

(١) انظر: المهذب للشيرازي (١/٢٩٨)، والشرح الكبير للدردير (٣/٢١٠). وشرح المنتهى (٢/٢٢١).

(٢) انظر: البدائع (٥/٢١٢).

(٣) انظر: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٣/٢٠٠).

(٤) انظر: المهذب (١/٢٩٧).

(٥) انظر: شرح المنتهى (٢/٢١٥).

إحدهما: تعين مكان العقد للإيفاء، وهو قول أبي يوسف ومحمد.  
والثانية: أن له أن يوفيه في أي مكان شاء؛ لأن قيمة مالا حمل له ولا  
مؤونة لا تختلف باختلاف الأماكن فلا تفضي جهالة موضع الوفاء إلى  
النزاع<sup>(١)</sup>.

وموضع وفاء المسلم فيه عند الحنابلة هو مكان العقد فلا يشترط ذكر مكان  
الوفاء إلا إذا أبرم عقد السلم في موضع لا يمكن التسليم فيه كبرية أو سفينة أو  
دار حرب أو جبل غير مسكون، فلا بد من تعيينه لجهالة محل التسليم<sup>(٢)</sup>.  
وقال الشافعية: إن أبرم العقد في موضع لا يصلح للتسليم كالصحراء وجب  
بيان مكان الوفاء، وإن كان في موضع يصلح للتسليم ففيه ثلاثة أوجه.  
أحدها: وجوب بيان ذلك، لاختلاف الأغراض باختلاف أمكنة الوفاء.  
الثاني: حمله على موضع العقد.

الثالث: يجب بيان موضع الوفاء فيما لحمله مؤونة، لاختلاف الثمن  
باختلافه، ولا يجب ذلك فيما ليس لحمله مؤونة<sup>(٣)</sup>.

ويتضح مما تقدم أن أسباب الغرر - في الجملة - قد ساهمت في تقييد هذا  
العقد، وأن أكثر المذاهب الفقهية تقييداً للسلم هو المذهب الحنفي، فقد أحاطه  
بعده قيود، منها - اشتراط قبض رأس مال السلم في مجلس العقد، لئلا يفترق  
المتعاقدان عن دين بدين.

(١) انظر: البدائع (٥/٢١٣).

(٢) انظر: شرح المنتهى (٢/٢٢١).

(٣) انظر: المهذب (١/٣٠٠).

ومنها ما يرجع إلى الجهالة كمنع السلم في العدييات المتفاوتة كالحيوان والجواهر ونحوها، ومنع تأجيل السلم إلى أجل مجهول كالحصاد والجذاذ؛ لأن جهالة الأجل غرر.

ومنها ما يعود إلى العدم ذاته. وذلك في اشتراط وجود المسلم فيه من وقت العقد إلى أوان الوفاء. على أن لا ينقطع فيما بين هذين الوقتين. ويرى الدكتور السنهوري أن هذا الشرط يعوض انعدام المسلم فيه بالذات وقت العقد فكأن السلم لا يرد على معدوم، بل على موجود بالنوع لا بالذات<sup>(١)</sup>.

ومنها ما يؤول إلى احتمال انقطاع المسلم فيه، فلا يجوز السلم في عين بالذات، لاحتمال هلاكها، وبقاء المسلم على الخطر. أما قبض رأس المال في المجلس فشرط في جميع المذاهب، إلا أن المذهب المالكي تسامح قليلاً فأجاز تأخير قبضه ثلاثة أيام لحفة الأمر (لأن ما قارب الشيء يعطى حكمه)<sup>(٢)</sup>.

ولم تشترط المذاهب الثلاثة الأخرى وجود المسلم فيه من وقت العقد إلى وقت الوفاء، اكتفاء باشتراط وجوده، عند حلول الأجل. وقد أجاز المالكية والشافعية السلم في العدييات المتفاوتة إذا أمكن وصفها، وأجاز الشافعية السلم الحال، لأنه أبعد - من وجهة نظرهم - عن الغرر من السلم المؤجل.

كما أجاز المالكية تأجيل السلم إلى الحصاد والجذاذ وقدم الحاج ونحو ذلك؛ لأن هذا الأجل معلوم حكماً.

(١) انظر: مصادر الحق (٣/٤٠).

(٢) انظر: الشرح الكبير للدردير (٣/١٩٥).

ومقتضى هذا أن جهالة الأجل عندهم تفسد العقد. وغاية ما في الأمر أنهم يعتبرون هذه الأوقات معلومة حكماً، وعلى أي حال فذلك أقرب إلى تيسير التعامل من المذاهب الأخرى.

والخلاصة: أن بيع المعدوم إذا كان محقق الوجود في المستقبل لا يجوز بواسطة السلم إلا في نطاق ضيق وبعد توافر شروط كثيرة بسبب خشية الغرر.

الفرع الثالث: الاستصناع في المذهب الحنفي<sup>(١)</sup>؛

وهو أن يطلب شخص إلى آخر أن يصنع له شيئاً كإناء أو سيف أو حذاء، والقياس يأبى جوازه؛ لأن المعقود عليه في الاستصناع معدوم وقت العقد غير أن دعاء الحاجة إلى ذلك أدى إلى العدول فيه عن القياس، والأخذ بجوازه استحساناً<sup>(٢)</sup>.

ووجه اختلافه عن السلم كون المبيع فيه عيناً تحملها الذمة بينما المبيع في السلم دين لا عين. وعلى هذا فيمكن القول بأن الاستصناع أبعد عن القياس من السلم.

ولهذا العقد شبه بالإجارة حتى قال بعضهم: أنه إجارة في الابتداء بيع في الانتهاء لما فيه من طلب العمل ابتداءً<sup>(٣)</sup>.

(١) لا يجوز الاستصناع عند الحنابلة، لأنه بيع ما ليس عند الإنسان على غير وجه السلم، جاء في الإنصاف (٣٠٠/٤): «(فائدة) ذكر القاضي وأصحابه: أنه لا يصح استصناع سلعة، لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم، واقتصر عليه في الفروع)، انظر: الفروع (٤٥٨/٢).

(٢) انظر: الفتاوى الهندية (٥١٧/٤).

(٣) مختصر أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ علي الخفيف ص ١٩٢.

والفرق بينه وبين الإجارة أن العين والعمل إن كانا من الصانع فهو استصناع. وإن كانت العين من المستصنع فهو إجارة<sup>(١)</sup>.

وسنعرض فيما يلي لتكييف هذا العقد وتعريفه وأثره وشروطه واختلاف الحنفية في ثبوت الخيار فيه.

#### تكييفه:

اختلف فقهاء الحنفية في تكييف هذا العقد فقال بعضهم: هو عدة لا بيع. وقال آخرون: بل هو بيع للمشتري فيه الخيار. ورجح صاحب البدائع كونه بيعاً لا عدة. واستدل على ذلك بجرىان التقاضي فيه. والتقاضي لا يجري في العداة. وبأن محمداً رحمه الله أثبت فيه خيار الرؤية. وهي من خصائص البيوع. وأنه ذكر الاستحسان والقياس في جوازه. وهذا لا يكون في الوعود<sup>(٢)</sup>.

#### تعريفه:

عرفه بعض الحنفية بأنه عقد على مبيع في الذمة.

وعرفه بعضهم بأنه عقد على مبيع في الذمة يشترط فيه العمل.

ومقتضى التعريف الأول أن البائع إذا جاء للمستصنع بعين كان قد أتم صناعتها قبل العقد ورضى المستصنع بها جاز العقد، ولا يجوز ذلك على التعريف الأخير، لوقوع الشرط على عمل شيء في المستقبل لا على ما تمت صناعته في الماضي.

وذكر صاحب البدائع أن الصحيح هو التعريف الأخير لدلالة مأخذ الاسم عليه، لأن الاستصناع طلب الصنع فما لم يشترط فيه العمل لا يكون

(١) انظر: الفتاوى الهندية (٤/٥١٧).

(٢) انظر: البدائع (٥/٢).

استصناعاً<sup>(١)</sup>. ولدخول السلم تحت التعريف الأول، إذ هو أيضاً عقد على مبيع في الذمة، والاستصناع عقد مستقل يحمل اسماً خاصاً، فلا بد من تمييزه عن السلم.

أثره:

أثر الاستصناع هو ثبوت ملك المستصنع للعين المبيعة في الذمة، وثبوت ملك الصانع للثمن<sup>(٢)</sup>.

شروطه:

١- بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وصفته.

٢- أن يكون مما يجري تعامل الناس فيه كالأسلحة بأنواعها والأواني والأحذية ونحو ذلك.

٣- أن لا يؤجل إلى أجل يقبل في السلم؛ فإن لم يؤجل أصلاً أو كان أجله أقل مما يشترط في السلم صح العقد استصناعاً عند أبي حنيفة رحمه الله.

فإن كان الأجل مما يصح معه السلم تحول إلى عقد سلم ووجب توافر شروط السلم فيه كقبض البدل في المجلس؛ إذ العبرة بمعاني العقود لا بصور ألفاظها، ولأن التأجيل يختص بالديون، فإن الغرض منها تأخير المطالبة فتعين أن يكون سلماً؛ إذ لا دين في الاستصناع<sup>(٣)</sup>.

فإن كان ذكر الأجل للاستعجال كما لو اشترط المستصنع على الصانع أن يتم عمله بعد مدة معينة كان استصناعاً بالاتفاق لأن هذا لا يعتبر تأجيلاً. ولا يمنع المطالبة<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر: البدائع (٢/٥).

(٢) انظر: البدائع (٣/٥).

(٣) انظر: البدائع (٣/٥).

(٤) انظر: مختصر أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ علي الخفيف ص ١٩٣

وذهب أبو يوسف ومحمد إلى عدم اشتراط خلو الاستصناع من التأجيل لجريان العادة بضرب الأجل فيه، فيصح مؤجلاً وغير مؤجل.

ويمر الاستصناع بمرحلتين:

**إحدهما:** من وقت إبرام العقد إلى أن يرى المستصنع الشيء المصنوع، والعقد في هذه المرحلة غير لازم للطرفين، فللصانع أن يمتنع عن العمل وله أن يبيع ما صنعه من غير المستصنع قبل أن يراه، وللمستصنع أن يفسخ العقد أيضاً؛ لأن القياس عدم جواز الاستصناع أصلاً إلا أن جوازه ثبت استحساناً لحاجة الناس إليه وحاجتهم قبل الصنع أو بعده قبل رؤية المصنوع والرضا به أقرب إلى الجواز دون اللزوم فيبقى اللزوم قبل ذلك على أصل القياس<sup>(١)</sup>.

**والمرحلة الثانية:** تبدأ بعد رؤية المستصنع للمعقود عليه، وفي ثبوت الخيار في

هذه الحالة أقوال ثلاثة:

١- فظاهر الرواية: إثبات خيار الرؤية للمستصنع وحده إذا رأى الشيء المصنوع، لأنه مشتر، ومن اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه، ولأن إلزامه بالعقد يعرضه للضرر، فقد يجد أن المصنوع لا يلائمه فيضطر إلى بيعه من غيره بأجنس الأثمان، ولا خيار للصانع، لأنه باع شيئاً لم يره، وليس في إلزامه بالعقد ضرر عليه لسهولة بيعه من غير المستصنع إذا لم يرض به، فقد مارس هذا العمل وعرف به بين الناس.

يضاف إلى ذلك أن الصانع قد أسقط خياره بإحضار المصنوع فبقى خيار المستصنع، كما لو أسقط أحد المتبايعين خياره في البيع الذي فيه شرط الخيار.

٢- لزوم العقد بالنسبة إليها جميعاً. وهو قول أبي يوسف رحمه الله.

(١) انظر: البدائع (٥/٢١٠).

لا خيار للصانع، لأنه باع ما لم يره، ولا خيار للمستصنع لما في إثبات الخيار له من إلحاق الضرر بالصانع<sup>(١)</sup>.

٣- ثبوت الخيار لطرفي العقد دفعا للضرر عنهما، ودفع الضرر واجب، وهذا القول مروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه<sup>(٢)</sup>.

ويتضح مما سبق أن الاستصناع أضيق نطاقاً من السلم؛ لاختصاصه بشيء غير موجود جرت عادة الناس باستصناعه، وأن هنالك عقبتين تعترضان طريق التعامل بواسطة هذا العقد:

إحدهما: عدم لزوم العقد في المرحلة الأولى على قول ظاهر الرواية، ويقول الدكتور السنهوري في تعليل ذلك: (لعل السبب في عدم لزومه هو أن الشيء معدوم عند التعاقد فلا يلزم الصانع إلا بعد أن يتم صنعه فيوجد على الكمال. ولا يلزم المستصنع إلا بعد أن يراه كاملاً فيرضاه)<sup>(٣)</sup>.

ويرى أبو يوسف أن العقد لازم في كلا المرحلتين.

الثانية: تحول الاستصناع إلى عقد سلم إذا ذكر فيه أجل يقبل في السلم على قول أبي حنيفة مما يستتبع وجوب توافر شروط السلم الأخرى كتقديم الثمن في المجلس.

أما الصاحبان فلا يشترطان خلو الاستصناع من التأجيل كما سبق القول.

\*\*\*\*\*

(١) انظر: البدائع (٤/٥-٢١٠).

(٢) انظر: البدائع (٤/٥).

(٣) انظر: مصادر الحق (٤٤/٣).



## الباب الثاني العدم في العقود المشابهة للبيع

وفيه فصلان:  
الفصل الأول: الصلح.  
الفصل الثاني: القسمة.



## الفصل الأول

### الصلح

يمكن استخلاص أحكام العدم المتعلقة بالصلح من القواعد العامة في البيع، لما بين هذين العقدين من مشابهة، ولما جرت به عادة الفقهاء من ذكر القواعد العامة في عقد البيع غالباً، والإحالة عليها في الأحكام المشتركة بينها وبين العقود الأخرى.

ومع ذلك فقد يشير الفقهاء إلى بعض تلك الأحكام المشتركة في صلب العقود المشابهة للبيع.

وسنقتصر هنا على دراسة ما وقفنا عليه مما له تعلق بهذا الموضوع.

فعند الحنفية لا يجوز الصلح على شيء معدوم وقت التعاقد وإن كان محقق الوجود في المستقبل، سواء كان المصالح عليه محصولاً مستقبلاً كثمار النخيل، أو كان موجوداً ضمن غيره كالدقيق في الحنطة قبل طحنها، والزيت في الزيتون واللحم في الشاة الحية، لأن ذلك كله يعتبر معدوماً في الحال.

على أن في المذهب قاعدة عامة تقضي بجواز الصلح على ما يصح بيعه<sup>(١)</sup>.

وعند الشافعية يجوز الصلح عن الزرع الأخضر بشرط القطع كالبيع. ولا يجوز بدونه، أما إذا صالحه عن الزرع مع الأرض ففي المذهب في ذلك وجهان أصحهما الجواز بلا شرط القطع.

ويبدو أن علة الجواز على هذا الوجه هي دخول الزرع تبعاً، ومن شأن ذلك أن يخفف من حدة الغرر<sup>(٢)</sup>.

(١) وانظر: شرح الكنز (١٢٣/٢)، المبسوط (١٦٥/٢٠)، الفتاوى الهندية (٢٨٤/٤).

(٢) وانظر: الشرح الكبير للدردير (٣١٧/٣).

وقد مر بنا أن الحنابلة يجيزون بيع الزرع قبل اشتداده بشرط القطع في الحال،  
ويمنعون بيعه عند إغفال هذا الشرط.

وعلى هذا: يصح الصلح عن الزرع الخضر بشرط القطع، ولا يصح الصلح  
عنه مطلقاً<sup>(١)</sup>.

وفي المذهب المالكي يجوز الصلح بين مالك الثمرة المعدومة وبين مالك أصلها  
كما لو أوصى رجل لآخر بثمره بستانه ثم أراد هو أو أراد ورثته أن يخرجوه من  
الوصية نظير مال يدفعونه إليه فهذا جائز قبل خلق الثمر بالنسبة إليهم فقط،  
لأن الأصل لهم، كما يجوز لمن أسكن رجلاً داره مدة حياته أن يشتري السكنى  
منه، وإن كانت الثمرة والسكنى معدومة وقت التعاقد<sup>(٢)</sup>.

أما بعد خلق الثمرة وقبل بدو صلاحها فذهب ابن القاسم إلى عدم جواز  
الصلح عليها خلافاً لابن نافع، قال الخطاب: «لما ذكر أن دم العمد يجوز  
الصلح عنه بما قل أو كثر نبه على أنه لا يجوز الصلح عنه بما فيه غرر، وهذا  
مذهب ابن القاسم في المدونة خلافاً لابن نافع، قال في كتاب الصلح منها: ولا  
يجوز الصلح من جناية عمد على ثمرة لم يبد صلاحها فإن وقع ذلك ارتفع  
القصاص وقضى بالدية»<sup>(٣)</sup>.

وفي هذا النص عدم جواز الصلح على الثمرة قبل بدو صلاحها، ولم يشر  
إلى شرط القطع، والظاهر أن المقصود بذلك إذا صالح عليها على التبقية أما إذا  
صالح عليها بشرط القطع فذلك جائز كالبيع.

\*\*\*\*\*

(١) وانظر: الغاية (٢/١١٩)، شرح المنتهى (٢/٢٦٣).

(٢) وانظر: المدونة الكبرى (١٥/٦٤-٦٥).

(٣) الخطاب (٥/٨٥)، وانظر: الشرح الكبير للدردير (٣/٣١٧).

## الفصل الثاني

### القسمة

القسمة إفراز الأنصباء وتميز بعضها عن بعض.

وهي ضربان : قسمة إجبار و قسمة تراضي

فقسمة الإجبار هي ما ليس فيها ضرر ولا رد عوض.

وقسمة التراضي هي ما نجم عنها ضرر، أو ترتب عليها رد عوض. وهي

شبيهة بالبيع.

وستتناول بالبحث فيما يلي قسمة الزرع قبل اشتداده على اعتبار دخولها في

نطاق العدم الجزئي الذي أشرنا إليه فيما تقدم.

ففي المذهب الحنفي لا يجوز اتفاق الشريكين على قسمة الزرع أو الثمر قبل

إدراكه بشرط الترك؛ لأن هذا الشرط يتضمن شرط انتفاع كل واحد منهما

بملك صاحبه، أو بما هو في حكم ملكه.

وهو شرط مفسد للبيع فيفسد القسمة أيضاً.

وتجوز قسمة الثمر والزرع قبل الإدراك بشرط القطع سواء كانت الأرض

مملوكة لهما، أو في أيديهما بإجارة أو إعارة لرضائهما بالضرر.

وإذا كان الزرع مدركاً وشرطاً حصاده جازت القسمة عند الجميع، فإن

شرطاً تركه أو شرطه أحدهما فالقسمة فاسدة عند أبي حنيفة وأبي يوسف

وصحيحة عند محمد.

وإذا اقتسما الثمر أو الزرع بالتراضي مع شرط القطع فتركه أحدهما بإذن

شريكه حتى أدرك ثم قلعه طاب له الفضل؛ لحصول الإذن من صاحبه بذلك،

فإن لم يأذن له به تصدق بالزيادة لتمكن الخبث فيها<sup>(١)</sup>.

(١) بدائع الصنائع (٢٠/٧)؛ الفتاوى الهندية (٢٠٨/٥).

ويمكن القول أن الحنفية يعززون إلى الشرط - لا إلى العدم - فساد قسمة الزرع قبل إدراكه بشرط الترك، عند تراضيهما بالقسمة، وهذا تعليل يتفق مع أصولهم القاضية بفساد البيع بسبب الشرط.

ويبدو أن وراء الشرط سبباً آخر للفساد هو الغرر أو بعبارة أدق العدم، بالنسبة للأجزاء التي لم تخلق بعد من الزرع غير أن النتيجة واحدة في كلتا الحالتين.

وفي المذهب المالكي تجوز قسمة الزرع والثمر خرساً قبل بدو صلاحه بشرط القطع إذا توافرت بقية شروط بيعه على ذلك بأن دعت إليه الضرورة. وكان منتفعاً به. ولم يتمالؤا عليه.

ولا فرق - بالنسبة لجواز القسمة المذكورة - بين أن يقسم مع أصله أو يقسم منفرداً عنه.

ولا تجوز القسمة على التبقية ولا مع السكوت، لامتناع بيعه في هاتين الحالتين<sup>(١)</sup>.

وقد رأينا فيما تقدم أن الشافعية والحنابلة يمنعون بيع الزرع قبل اشتداد حبه من غير شرط القطع، لأنه معرض للآفات في تلك المرحلة من مراحل نموه، فإذا اشتراه على تلك الحال لم يكن على ثقة من حصوله عليه.

أما القسمة فقد لا حظوا ما فيها من معنى الإفراز فأجازوها من غير شرط القطع، إذا انتفت عنها الموانع الأخرى كالربا ونحوه، واتفق عليها الشركاء حيث لا ضرر فيها على أحد منهم، لأنهم أصحاب الحق وقد رضوا بها وليس ثم محذور تمنع بسببه<sup>(٢)</sup>.

(١) الشرح الكبير للدردير (٥٠٦/٣) مع حاشية الدسوقي عليه.

(٢) انظر: المهذب (٣٠٨/٢)، شرح المنتهى (٥١١/٣).

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي  
أسكنه الله الفردوس  
www.moswarat.com

الباب الثالث

العدم في عقد الرهن





## تمهيد

المراد بالرهن في الفقه الإسلامي هو الرهن الحيازي، والغرض منه هو ضمان حصول الدائن على حقه عند عدم قيام الغريم بالوفاء ولا يتوافر ذلك الضمان إلا إذا كان المرهون في حوزة المرتهن، والحيازة لا تتحقق في شيء معدوم. ولهذا قال طائفة من الفقهاء بعدم جواز رهن المعدوم لئلا تتخلف الغاية الأساسية من الرهن.

وقال آخرون بجواز رهن الثمرة قبل بدو صلاحها، لأن الغرر قليل بالنسبة للرهن.

فلا يجوز رهن المعدوم عند الحنفية سواء كان العدم نسبياً كرهن ما ليس موجوداً عند العقد.

أو كان محتملاً كرهن الثمار المستقبلية ونتاج المواشي.

أو كان اعتبارياً كرهن الموجود ضمن غيره كالسمن في اللبن والدهن في السمسم والزيت في الزيتون والدقيق في الخنطة لأن ذلك كله معدوم وقت التعاقد فلا يرد عليه العقد.

ولا يسوغ جواز رهن ما تقدم تسليط الراهن على قبضه إذا وجد؛ لأن العبرة بوجوده وقت إبرام العقد، وما دام معدوماً في تلك الفترة فلا يصح رهنه.

جاء في البدائع<sup>(١)</sup>: «وأما الذي يرجع إلى المرهون فأنواع منها أن يكون محلاً قابلاً للبيع، وهو أن يكون موجوداً وقت العقد... معلوماً مقدور التسليم ونحو ذلك فلا يجوز رهن ما ليس بموجود عند العقد. ولا رهن ما يحتمل الوجود

(١) (١٣٥/٦) وانظر (١٤١/٦).

والعدم كما إذا رهن ما تثمر نخيله العام أو ما تلد أغنامه السنة أو ما في بطن هذه الجارية ونحو ذلك»<sup>(١)</sup>.

ويجيز الملكية رهن الزرع والثمر بعد وجوده، وإن لم يبد صلاحه، لكن لا يجوز بيعه لوفاء الدين إلا بعد بدو الصلاح<sup>(٢)</sup>.

وذكر القرافي نقلاً عن المدونة أنه يشترط لجواز رهن الثمرة قبل بدو صلاحها أن تحاز.

ولا يجوز رهن الأجنة لقوة الغرر فيها.

أما الثمرة التي لم تخلق والزرع الذي لم يظهر فلا يجوز رهنه في صلب العقد لكثرة الغرر فيه، ويجوز ذلك بعد العقد حيث لا يتعرض المرتهن في هذه الحالة لغرر أكثر من خلو العقد من الرهن وقد أبرم العقد بلا رهن فإذا ارتهن بعده ما فيه غرر كثير كالأجنة، والثمار التي تخلق، فأشد ما يخشى منه بطلان تلك الوثيقة المستحدثة مع بقاء الدين كما كان قبل الرهن.

وبطلان الوثيقة المستحدثة بعد العقد بمنزلة خلوها منها ابتداءً.

على أن رهن ذلك بعد العقد أفضل من عدم الرهن، لأنه شيء يحتمل وجوده، وهو خير من لا شيء.

ونقل عن المازري في رهن ما لم يخلق قولان:

أحدهما: أنه لا يصح كرهن الجنين لقوة الغرر فيه.

والثاني: جواز رهن ثمر النخل قبل ظهوره.

(١) انظر أيضاً: الفتاوى الهندية (٤٣٢/٥). والمادة ٧٠٩ من المجلة.

(٢) انظر: الخطاب (٥/٤-٥).

واعتمد ابن عرفة صحة رهن ما لم يخلق<sup>(١)</sup>.  
وللشافعية والحنابلة في رهن الثمرة قبل بدو صلاحها بدون شرط القطع  
قولان:

أحدهما: أن ذلك لا يصح؛ لعدم جواز بيعها.

والثاني: صحة رهنها سواء كان الدين المرهون به حالاً أو مؤجلاً، إذ  
مقتضى رهنها في دين حال أن تؤخذ فتباع فلا تكون عرضة للتلف. وإذا رهن  
في دين مؤجل وتلف فالدين يتعلق بذمة الرهن، وأسوأ الاحتمالات في رهن  
الثمرة قبل بدو صلاحها بطلان وثيقة المرتهن. والغرر في ذلك قليل، بخلاف  
البيع فالغرر فيه كثير؛ لأن عادة الناس جارية بترك الثمار إلى وقت الجذاذ. وهي  
في خلال تلك الفترة معرضة للهلاك فممنع بيعها بلا شرط القطع، لئلا يكون  
المشتري على خطر من ذهاب الثمن وعدم حصول المبيع<sup>(٢)</sup>.

\*\*\*\*\*

(١) انظر: المدونة (٦/١٤)، بداية المجتهد (٢/٢٦٩)، الخطاب (٤/٥)، الخرشبي (٥/٢٣٧).

(٢) انظر: المهذب (١/٣٠٩)، الوجيز للغزالي (١/١٦٠) ط الآداب، المغني لابن قدامة

(٤/٣٨٠)، كشف القناع (٣/٢٧٠).



## الباب الرابع العدم في التبرعات

وفيه فصلان:  
الفصل الأول: الهبة.  
الفصل الثاني: الوصية لشخص أو أشخاص معينين.



## الفصل الأول

### الهبة

لا تجوز هبة المعدم وقت العقد عند الحنفية والشافعية والحنابلة؛ لأن مقتضى الهبة تمليك الموهوب فوراً، والملكية لا ترد على محل معدم سواء كان شيئاً مستقبلاً ينتظر وجوده بعد مضي فترة معينة كما لو وهب لرجل ما ثمر نخيله أو ما تلد أغنامه.

أو كان موجوداً ضمن غيره يستطاع استخراج من أصله أو تحويله إليه فور إبرام العقد، كالزبد في اللبن والدقيق في الحنطة، والدهن في السمسم، والزيت في الزيتون؛ لأن ذلك كله يعتبر معدوماً وقت التعاقد، وإذا تم استخراج من أصله صار عيناً أخرى تستدعي عقداً جديداً.

وتسليط الواهب للمتهب على القبض عند وجوده لا يبرر الجواز<sup>(١)</sup>. وفي المذهب الحنبلي قول بجواز هبة ما لا يقدر على تسليمه وقد خرج صاحب الفروع على هذا القول جواز هبة المعدم وغيره.

واختار شيخ الإسلام ابن تيمية صحة هبة المعدم كالثمر واللبن بالسنة. وقال في الإنصاف<sup>(٢)</sup>: «قوله: (وما لا يقدر على تسليمه) يعني لا تصح هبته... وقيل تصح هبته. قال في الفروع: ويتوجه من هذا القول جواز هبة المعدم وغيره. قلت: اختار الشيخ تقي الدين رحمه الله صحة هبة المعدم كالثمر واللبن بالسنة قال: واشترط القدرة على التسليم هنا فيه نظر بخلاف البيع».

(١) انظر: بدائع الصنائع (١١٩/٦)، مجمع الأنهر (٣٥٦/٢)، نهاية المحتاج مع حاشية الشبراملسي (٤٧٠/٥)، المغني لابن قدامة (٢٥٥/٦)، كشف القناع (٢٥٧/٤).

(٢) (١٣٣/٧).

وذهب المالكية إلى صحة هبة المعلوم المتوقع الوجود. بالرغم من عدم جواز بيعه؛ لأن الهبة عقد تبرع والمالكية يغتفرون الغرر في التبرعات، لعدم تعرض أي من المتعاقدين لخطر بسببها فالتبرع يبذل ماله طيبة به نفسه بلا مقابل، وليس ثم مانع من ذلك ما دام جائز التصرف، والتبرع له لم يدفع في مقابلة ذلك شيئاً من ماله أيضاً.

وعلى هذا تجوز هبة الثمر والزرع قبل بدو صلاحهما، ما لم تكن هذه الهبة للثواب، لأنها والحالة هذه تخرج من نطاق التبرع إلى نطاق المعاوضة، فتأخذ أحكام البيع<sup>(١)</sup>.

وقال في بداية المجتهد لابن رشد<sup>(٢)</sup>: «ولا خلاف في المذهب في جواز هبة المجهول والمعلوم المتوقع الوجود، وبالجمله كل ما لا يصح بيعه في الشرع من جهة الغرر».

\* \* \* \* \*

(١) انظر: المدونة الكبرى (١٥/١٢٠).

(٢) (٣٢٤/٢).



## الفصل الثاني

### الوصية لشخص أو أشخاص معينين

ذهب الحنفية والحنابلة والمالكية إلى جواز الوصية بالمعدوم كغلة البستان وثمرته.

فإذا أوصى لرجل بغلة بستانه كانت له الغلة الحاضرة والمستقبلية. وعللوا ذلك بأنها تبرع لا يقابله عوض يتضرر صاحبه بفواته عليه فلا يكون الغرر مانعاً من صحتها، ولأن المعدوم يملك بواسطة عقدي السلم والمساقاة، وهذا يسوغ ملكه بواسطة الوصية.

لكن لا بد في ذلك أن يكون الموصى به ممكن الوجود<sup>(١)</sup>.

وللشافعي قولان في الوصية بالمعدوم كالثمرة والحمل المستقبلين.

أحدهما: صحة الوصية به، لجواز تملك المعدوم بواسطة عقود السلم والإجارة والمساقاة، ولما في ذلك من الرفق بالناس والتيسير عليهم. ويعمل بنص الموصي مؤقتة كانت الوصية أو مؤبدة كما لو أوصى بما يحدث هذه السنة أو كل سنة.

وإن كانت الوصية مطلقة كما أوصى لشخص بما يحدث من الحمل أو الثمرة فالظاهر أنها تعم كل سنة.

**والقول الثاني:** أن الوصية بالمعدوم لا تصح لعدم وجود الموصى به.

جاء في مغني المحتاج للشريني<sup>(٢)</sup>: «وكذا تصح بثمرة أو حمل سيحدثان في الأصح؛ لأن الوصية احتمال فيها وجوه من الغرر رفقاً بالناس وتوسعة فتصح

(١) انظر: الفتاوى الهندية (١٢٢/٦)، الشرح الكبير لابن أبي عمر (٥٠٢/٦)، التاج والإكليل

(٣٧٤/٦).

(٢) (٤٥/٣).

بالمعدوم كما تصح بالمجهول، ولأن المعدوم يصح تملكه بعقد السلم والمساقاة والإجارة فكذا بالوصية.

والثاني: لا يصح لأن التصرف يستدعي متصرفاً فيه ولم يوجد. وعلى الأول إذا أوصى بما يحدث هذا العام أو كل عام عمل به، وإن أطلق فقال: أوصيت بما يحدث فهل يعم كل سنة أو يختص بالسنة الأولى. قال ابن الرفعة: الظاهر العموم، وسكت عليه السبكي وهو ظاهر».

\* \* \* \* \*

## القسم الثالث

# عدم القدرة على التسليم

وفيه بابان:

الباب الأول: عدم القدرة على التسليم في  
المعاوضات وعقد الرهن.

الباب الثاني: عدم القدرة على التسليم في  
التبرعات.



## الباب الأول عدم القدرة على التسليم في المعاوضات وعقد الرهن

- وفيه تمهيد وأربعتا فصول:  
الفصل الأول: فرار المعقود عليه.  
الفصل الثاني: قيام يد الغاصب.  
الفصل الثالث: عدم قابلية المعقود عليه  
للتسليم.  
الفصل الرابع: عدم استقرار الملك.



## تمهيد

### (١) علاقة عدم القدرة على التسليم بالغرر

الغاية من إبرام العقد هي حصول العاقد على الشيء المعقود عليه، ولا يتسنى له الحصول عليه إلا إذا توافرت القدرة على تسليمه أو تسلّمه، فإن لم تتوافر القدرة على التسليم أو التسلم وقت إبرام العقد لم يكن له فائدة؛ لعدم حصول العاقد على ما أراد.

وعلى هذا فعدم القدرة على التسليم هي أحد أسباب الغرر، إذ يكمن وراءها الاحتمال، فإذا باع شخص طائراً يخلق في الفضاء وهو لا يستطيع تسليمه وقت العقد إلى المشتري، بل بمجرد احتمال حصوله عليه - وقد يناله وقد لا يناله - كان أخذه مال صاحبه في مقابل ذلك مخاطرة، ودخل في نطاق الغرر.

### (٢) العجز الحكمي عن التسليم:

العجز عن التسليم نوعان: عجز حقيقي، وعجز حكمي. فالعجز الحقيقي هو ما يرجع إلى ضعف القوى الحسية والوسائل المادية التي يتمكن العاقد بمقتضاها من تسليم المعقود عليه كما في بيع الآبق والجمل الشارد والطيور في الهواء والسماك في الماء.

والعجز الحكمي: هو ما ينشأ بسبب مانع شرعي من مباشرة تصرف في عين على نحو يترتب عليه وقوع غرر كبيع الجذع في البناء والفص في الخاتم وكبيع نصف معين من الإناء أو السيف ونحوهما «مما تنقص قيمته أو قيمة باقيه بكسره»<sup>(١)</sup>. فمثل هذه الأشياء لا يصح بيعها؛ لأن العقد لا يكون إلا لفائدة، فإذا نجم عنه ضرر كان أولى بعدم الجواز.

(١) انظر: نهاية المحتاج (٣/٣٨٧).

ويرى جمهور المالكية أن العبرة بانتفاء إضاعة المال الكثير للبائع ، فإن ترتب على العقد إضاعة مال البائع صح العقد مع عدم الجواز ؛ للنهي عن إضاعة المال ويرى بعضهم أن ذلك جائز «إذ الإضاعة إنما ينهى عنها إذا لم تكن في نظير شيء أصلاً»<sup>(١)</sup>.

أما إذا لم يؤمن تلف المبيع أثناء خلعه فلا يجوز بيعه ولا يصح للفرر. ويرى الظاهرية جواز بيع الشيء المتصل بغيره كالفص في الخاتم ، والجذع في الحائط ، وعلى البائع تمكين المشتري من إخراج متاعه ، وليس عليه ضمان إلا إذا تجاوز ما جرت العادة بفعله.

جاء في المحلى لابن حزم<sup>(٢)</sup> : «(مسألة) - وبيع حلقة الخاتم دون الفص جائز ، وقلع الفص حينئذ على البائع ، وبيع الفص دون الحلقة جائز وقلع الفص حينئذ على المشتري ؛ لأن رسول الله ﷺ يقول : (إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام) ، والفص في الحلقة فهي مكان للفص ، ففرض على الذي له الفص إخراج الفص من مال غيره ، وليس له أن يشغل مال غيره بغير إذنه ، وليس على صاحب الحلقة إلا إمكانه من ذلك فقط. وأن لا يحول بينه وبين ماله ، ولتولي إخراج الفص توسيع الحلقة بما لا بد منه في استخراج متاعه ولا ضمان عليه ؛ لأنه فعل ما هو مأمور بفعله فإن تعدى ضمن ، وهكذا القول في الجذع يباع دون الحائط أو الحائط يباع دونه ، والشجرة دون الأرض أو الأرض دون الشجرة ولا فرق».

(١) انظر: الشرح الكبير للدردير (١٣/٣).

(٢) (٤٠٨/٨).



**(٣) متى تعتبر القدرة على التسليم:**

العبرة بوجود القدرة على التسليم وقت وجوبه في العقود المؤجلة كالسلم، وإجارة العين مدة لا تلي العقد كما لو أجر منزله سنة خمس في سنة أربع<sup>(١)</sup>. أما العقود الحالة فلا بد من توافر القدرة على التسليم فيها وقت التعاقد.

فإذا كان البائع قادراً في ذلك الوقت على تسليم المبيع إلى المشتري صح العقد، وإن زالت قدرته بعد ذلك مع احتمال رجوعها كما لو اشترى عبداً فأبق بعد البيع وقبل القبض، لم يكن لزوال القدرة أثر في فسخ العقد؛ لأنها كانت ثابتة بيقين فلا تزول بالشك.

جاء في بدائع الصنائع<sup>(٢)</sup>: «بخلاف ما إذا أبق بعد البيع قبل القبض أنه لا يفسخ؛ لأن القدرة على التسليم كانت ثابتة لدى العاقد فانهقد ثم زالت على وجه يحتمل عودها فيقع الشك في زوال المنعقد بيقين، والثابت بيقين لا يزول بالشك».

**(٤) تحديد مدى القدرة على التسليم:**

لا بد لصحة العقد من توافر القدرة على تسليم المعقود عليه كما سبق القول. إلا أن بعض الفقهاء ضيق من نطاق تلك القدرة خشية الوقوع في الغرر، إذ يرى الشافعية والقاضي من الحنابلة أنّ المشقة الكبيرة في الحصول على المعقود عليه تأخذ حكم عدم القدرة على التسليم، ما لم يعرف مداها بالعادة كما في بيع الغائب، فلا يجوز أن يباع طير في برج مغلق، أو سمك في بركة ماء ولو أمكن أخذه إذا لم يتم ذلك إلا بتعب واحتمال مشقة.

(١) انظر: الإنصاف للمرداوي (٤١/٦).

(٢) (١٤٧/٥).

جاء في نهاية المحتاج<sup>(١)</sup>: «الشرط الثالث من شروط المبيع إمكان. يعني قدرة البائع حساً وشرعاً على تسليمه بلا كبير مشقة وإلا لم يصح كما قاله في المطلب».

وجاء في المغني لابن قدامة<sup>(٢)</sup>: «وإن باعه الطير في البرج نظرت فإن كان البرج مفتوحاً لم يجز؛ لأن الطير إذا قدر على الطيران لم يمكن تسليمه، فإن كان مغلقاً ويمكن أخذه جاز بيعه، وقال القاضي: إن لم يمكن أخذه إلا بتعب ومشقة لم يجز بيعه؛ لعدم القدرة على تسليمه، وهذا مذهب الشافعي».

وجاء فيه أيضاً<sup>(٣)</sup>: «فأما إن كانت له بركة فيها سمك له يمكن اصطياده بغير كلفة، والماء رقيق لا يمنع مشاهدته صح بيعه، وإن لم يمكن إلا بمشقة وكلفة يسيرة بمنزلة كلفة اصطياده الطائر من البرج فالقول فيه كالقول في بيع الطائر في البرج على ما ذكرنا فيه من الخلاف».

وجاء في الإنصاف للمرداوي<sup>(٤)</sup>: (فائدة: لو كان البرج مغلقاً، ويمكن أخذ الطير منه أو كان السمك في مكان له يمكن أخذه فلا يخلو: أما إن تطول المدة في تحصيله بحيث لا يمكن أخذه إلا بتعب ومشقة، أولاً تطول المدة.

فإن لم تطل المدة في تحصيله جاز بيعه، جزم به في المغني والشرح والرعايتين والحاويين وغيرهم، وقاله القاضي رحمه الله وغيره، وظاهر كلامه في الفروع أن فيه وجهين.

(١) (٣٨٦/٣) طبعة الحلبي.

(٢) (٢٧١/٤).

(٣) (٢٧٢/٤).

(٤) (٢٩٤/٤).

وإن طالّت المدة ويمكن تسليمه لكن لا يحصل إلا بتعب ومشقة فالصحيح من المذهب جواز بيعه، وصححه المصنف والشارح، وقدمه في الشرح والفائق. وقال القاضي: «لا يجوز بيعه والحالة هذه، وأطلقهما في الفروع»<sup>(١)</sup>. ويرى المالكية أن التنازع في المعقود عليه مظنة للعجز عن تسليمه فلا يجيزون شراء ما فيه خصومة؛ لاحتمال أن لا يحكم به الحاكم لبائعه، فلا يكون للعقد فائدة في تلك الحالة.

يقول الخرشي: «وكذلك لا يجوز بيع المغصوب من غير غاصبه؛ لأن كلا من البائع والمشتري عاجز عن تحصيل المبيع، وهذا شامل لما إذا كان غاصبه ممتنعاً من دفعه ولا تأخذه الأحكام مقررًا أو غير مقرر. ولما إذا كان غاصبه منكرًا وتأخذه الأحكام وعليه بينة بالغصب؛ لأنه شراء ما فيه خصومة، والمشهور منعه كمنع الأول بلا خلاف قاله ابن رشد»<sup>(٢)</sup>.

#### ٥) القدرة المؤثرة في صحة العقد هل هي قدرة البائع أو قدرة المشتري؟

يرى جمهور الفقهاء أن قدرة البائع على تسليم المبيع إلى المشتري شرط أساسي لصحة العقد، فإذا انتفت قدرته لم يصح عقده، أما قدرة المشتري على تسلّم المبيع فقد تعارضت فيها وجهات نظر الفقهاء.

فالصحيح عند الحنابلة عدم اعتبارها، وفي المذهب الحنبلي قول آخر باعتبار قدرة المشتري.

جاء في الإنصاف<sup>(٣)</sup>: «تنبیه: ظاهر قوله: (فلا يجوز بيع الآبق) أنه سواء كان المشتري قادرًا عليه أو لا، وهو الصحيح وهو المذهب وهو ظاهر كلام الأكثر قال في الفروع: والأشهر المنع.

(١) انظر أيضًا: كشف القناع (١٢٩/٣).

(٢) (١٦/٥).

(٣) (٢٩٣/٤).

وقيل: يصح بيعه لقادر على تحصيله كالمغصوب. اختاره المصنف والشارح والناظم وغيرهم وجزموا به وذكره القاضي في موضع من كلامه وقدمه في الفروع والرعاية الكبرى. قلت: وهو الصواب». والصحيح عند الشافعية اعتبار قدرة المشتري ما لم تلحقه مشقة بسبب ذلك.

والقول الثاني عندهم أنها لا تعتبر لعجز البائع عن التسليم. جاء في الوجيز للغزالي<sup>(١)</sup>: «الرابع أن يكون مقدوراً على تسليمه فلا يصح بيع الآبق والضال والمغصوب، وإن قدر المشتري على انتزاعه من يد الغاصب دون البائع صح على أحد الوجهين، ثم له الخيار إن عجز». وجاء في نهاية المحتاج للرملي<sup>(٢)</sup>: «فإن باعه - أي المغصوب - ومثله ما ذكر فشمّل الثلاثة. لقادر على انتزاعه أو رده صح على الصحيح حيث لم تتوقف القدرة على مؤونة لها وقع لتيسر وصوله إليه حينئذ وإلا فلا كما قاله في المطلب.

والثاني لا يصح لأن التسليم واجب على البائع وهو عاجز عنه». أما المالكية فيشترطون توافر القدرة لدى طرفي العقد. يقول الخرشي<sup>(٣)</sup>: «(ص) وقدرة عليه لا كأبق (ش) أي وشرط للمعقود عليه قدرة عليه للبائع والمشتري فلا يباع ما قدر عليه مشترياً وعجز عنه بآئعه ولا ما عجزا عنه كأبق...».

(١) (١/١٣٤).

(٢) (٣/٣٨٦، ٣٨٧).

(٣) (٥/١٦).

## ٦) أسباب عدم القدرة على التسليم:

لعدم القدرة على التسليم في الفقه الإسلامي صور متعددة، تختلف من حيث الشكل باختلاف أسبابها وتتفق في حقيقة كونها عجزاً عنه. وذلك أنها إما أن تنشأ من فرار المعقود عليه ذاته كإباق العبد، وشروط الحمل.

وإما أن تترتب على قيام يد الغاضب.

وإما أن ترجع إلى عدم قابلية المعقود عليه للتسليم كما في بيع الدين لغير من هو عليه.

وإما أن تعود إلى عدم استقرار الملك كما في التصرف في المبيع قبل قبضه. وسنعرض فيما يلي لبيان ذلك في فصول أربعة.

\* \* \* \* \*

## الفصل الأول فرار المعقود عليه

ترد هذه الصورة في العقود الواقعة على الحيوان كبيعه وإجارته ورهنه، وستناولها في كل من هذه العقود على حدة، لتتبيّن رأي الفقهاء فيها.

### المبحث الأول في عقد البيع

إذا أبق العبد، أو شرد الجمل، أو عار الفرس، أو طار الطائر بعد الحصول عليه، أو عاد السمك إلى الماء الكثير -بحيث يتعذر أخذه- صار مالك هذه الأشياء عاجزاً عن تسليمها إلى المشتري، فلا يجوز بيعها ولا جعلها ثمناً، لعدم القدرة على تسليمها<sup>(١)</sup>.

جاء في المدونة الكبرى<sup>(٢)</sup>: «(قال ابن وهب) وقال لي مالك: وتفسير ما نهى عنه رسول الله ﷺ من بيع الغرر أن يعمد الرجل إلى الرجل قد ضلت راحلته أو دابته أو غلامه، وثمن هذه الأشياء خمسون ديناراً فيقول: أنا أخذها منك بعشرين ديناراً، فإن وجدها المبتاع ذهب من البائع بثلاثين ديناراً، وإن لم يجدها ذهب البائع منه بعشرين ديناراً، وهما لا يدریان كيف يكون حالهما في ذلك، ولا يدریان أيضاً إذا وجدت تلك الضالة كيف توجد، وما حدث فيها من أمر الله مما يكون فيه نقصها أو زيادتها، فهذا أعظم المخاطرة.

(قال) ابن وهب وأنس بن عياض وابن نافع عن عبد العزيز بن سلمة مثله (وقال) عبد العزيز: ومما يشبه المخاطرة اشتراء الضالة والآبق».

(١) البحر الرائق (٥/٢٨٠)؛ المهذب (١/٣٢٦)، كشاف القناع (٣/١٢٩)، الشرح الكبير للدردير (٣/١١).

(٢) (٣٨/١٠).

أثر اعتياد الطائر الرجوع إلى مكانه في صحة العقد عليه:

تتحكم العادة في بعض الحيوانات الشاردة فتألف الرجوع إلى أمكنتها، وليس للعادة بهذا المعنى أثر في جواز العقد عند كثير من الفقهاء.

فقد استظهر ابن نجيم أن اعتياد الطائر الذهاب والمجيء إلى مكانه لا يبزر جواز بيعه حالة كونه معجوزاً عن تسليمه.

والقول المعتمد عند الشافعية والحنابلة لا يقيم لهذه العادة وزناً.

ولكن يرى بعض متأخري الشافعية أن العادة الموثوق بها تدعو لجواز البيع إذا صاحبها ضرورة، وذلك فيما إذا كان المبيع نحللاً وكانت أمه في الخلية؛ لأنه يوثق بعوده إليها وهو لا يأكل عادة إلا مما يرعاه، فلو لم يجز بيعه إلا إذا كان محبوساً للحقه ضرر من جراء ذلك أو تعذر بيعه.

ويرى ابن عقيل من الحنابلة أن العادة بالمعنى السابق تيسر للمالك تسليم العين المباعة إلى المشتري.

وعلى هذا فهو يجيز بيع الطائر إذا كان يألف الرجوع إلى مكانه.

ويرى بعض الحنفية كقاضين خان وصاحب الهداية أن هذه العادة لا تؤثر في جواز البيع إلا إذا اقترنت بالقدرة على التسليم.

جاء في الرائق<sup>(١)</sup>: «(قوله والطيور في الهواء) أي لا يجوز؛ لأنه غير ملوك قبل الأخذ فيكون باطلاً. وكذا لو باعه بعد ما أرسله من يده؛ لأنه غير مقدور التسليم فيكون فاسداً، ولو سلمه بعد لا يعود إلى الجواز عند مشايخ بلخ، وعلى قول الكرخي يعود وكذا عن الطحاوي، أطلقه فشمّل ما إذا جعل الطير مبيعاً أو ثمنًا. وشمّل ما إذا كان من عادته أنه يذهب ويجيء وهو الظاهر، وفي

فتاوى قاضيخان: وإن باع طيراً له يطير إن كان داجناً يعود إلى بيته ويقدر على أخذه بلا تكلف جاز بيعه وإلا فلا. وقول صاحب الهداية: والحمام إذا علم عودها وأمكن تسليمها جاز بيعها؛ لأنها مقدورة التسليم يوافقه، وصرح به في الذخيرة معزياً إلى المنتقى».

وجاء في نهاية المحتاج<sup>(١)</sup>: «فلا يصح بيع الضال كبعير ند وطير في الهواء، وإن اعتاد العود إلى محلهم لما فيه من الغرر، ولأنه لا يوثق به لعدم عقله. وبهذا فارق العبد المرسل في حاجة، هذا إن لم يكن نحللاً أو كان وأمه خارج الخلية، فإن كانت فيها صح كما بحثه بعض المتأخرين للوثوق بعوده، وفارق بقية الطيور بأنه غير مقصود للجوارح، وبأنه لا يأكل في العادة إلا مما يرعاه، فلو توقفت صحة بيعه على حبسه لربما أضربه أو تعذر بيعه بخلاف سائر الطيور».

وجاء في الإنصاف<sup>(٢)</sup>: «قوله ولا الطير في الهواء» هذا المذهب مطلقاً وعليه جماهير الأصحاب وقطع به كثير منهم. وقيل: يجوز بيعه والحالة هذه إذا كان يألف المكان والرجوع إليه واختاره في الفنون، وقال: هو قول الجماعة وأنكره من لم يحقق».

#### أثر الملكية في صحة العقد

(١) ملكية ما لا يقدر على تسليمه:

الراجع من أقوال الفقهاء أن ملكية المبيع لا أثر لها في صحة العقد ما دام هناك عجز عن التسليم؛ إذ العبرة بالقدرة على تسليم المبيع إلى المشتري، فإذا تخلفت تلك القدرة لم يصح العقد، بصرف النظر عن كون البائع مالكاً أو غير

(١) (٣/٣٨٦، ٣٨٧).

(٢) (٤/٢٩٣).



مالك للمبيع، إلا أن غير المالك يقف في سبيل جواز عقده مانعان: أحدهما عدم الملكية، والثاني عدم القدرة على التسليم، وأحدهما كاف في عدم جواز العقد.

جاء في المغني<sup>(١)</sup>: «مسألة ولا الطائر قبل أن يصاد وجملة ذلك أنه إذا باع طائراً في الهواء لم يصح مملوكاً أو غير مملوكاً. أما المملوك فلأنه غير مقدور عليه، وغير المملوك لا يجوز لعلتين أحدهما العجز عن تسليمه والثانية أنه غير مملوك له. والأصل في هذا نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر».

ويرى الكرخي - من فقهاء الحنفية - أن ملكية الآبق تسوغ انعقاد العقد عليه، موقوفاً على التسليم، فيجوز للسيد أن يبيع عبده الآبق، فإذا ظهر العبد وسلم إلى المشتري نفذ عقده ولا حاجة لتجديده مرة أخرى ما لم يفسخه الحاكم؛ لأن الإباق لا يزيل الملكية وغاية ما هنالك وجود عجز عارض عن التسليم، وبارتفاع العجز ينفذ العقد.

جاء في البدائع<sup>(٢)</sup>: «وذكر الكرخي رحمه الله أنه ينعقد بيع الآبق حتى لو ظهر وسلم يجوز ولا يحتاج إلى تجديد البيع إلا إذا كان القاضي فسخه بأن رفعه المشتري إلى القاضي فطالبه بالتسليم وعجز عن التسليم ففسخ القاضي البيع بينهما ثم ظهر العبد.

وجه قول الكرخي رحمه الله أن الإباق لا يوجب زوال الملك، ألا ترى أنه لو اعتقه أو دبره ينفذ، ولو وهبه من ولده الصغير يجوز وكان ملكاً له فقد باع مالاً مملوكاً له إلا أنه لم ينفذ للحال للعجز عن التسليم، فإن سلم زال المانع

(١) (٢٧١/٤). وانظر: بدائع الصنائع (١٤٧/٥)، البحر الرائق (٨٠/٦).

(٢) (١٤٧/٥).

فينفذ وصار كبيع المغصوب الذي في يد الغاصب إذا باعه المالك لغيره أنه يتعقد موقوفاً على التسليم لما قلنا وكذا هذا».

كما يرى ابن حزم أيضاً أن ملكية المبيع الذي لا يقدر على تسليمه كالآبق ونحوه تنفي عنه الغرر، لأن المشتري إما أن يجد المبيع وإما أن يستعيب بثواب الله تعالى<sup>(١)</sup>.

غير أن التعليل بالاستعاضة بالثواب بعيد فيما أرى؛ لأن غرض المشتري من العقد هو الحصول على المبيع، وإذا كان يريد الثواب فطرق البر مفتحة أمامه يسلك أيها شاء، دون أن يعقد مثل تلك الصفقات المنطوية على الخطر.

على أن لأبي محمد حجة أخرى لها وزن في هذا المجال فقد صح لديه عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه كان يبيع الجمل الشارد مع أنه أحد رواة حديث النهي عن بيع الغرر ولو كان مثل هذا البيع غرراً لما أجازاه ابن عمر.

جاء في المحلى<sup>(٢)</sup>: «قال أبو محمد: ليس هذا غرراً؛ لأنه يبيع شيء قد صح ملك بائعه عليه وهو معلوم الصفة والقدر. فعلى ذلك يباع ويملكه المشتري ملكاً صحيحاً فإن وجدته فذلك وإن لم يجده فقد استعاض الأجر الذي هو خير من الدنيا وما فيها وربحت صفقته، ولو كان هذا غرراً لكان بيع الحيوان حاضره وغائبه غرراً لا يحل ولا يجوز، لأنه لا يدري مشتريه أيعيش ساعة بعد ابتياعه أم يموت، ولا يدري أيسلم أم يسقم سقماً قليلاً يحيله أو سقماً كثيراً يفسده أو أكثره». إلى أن قال<sup>(٣)</sup>: «وقد روينا من طريق وكيع عن موسى بن عبيدة عن عبد

(١) انظر: المحلى (٣٨٨/٨).

(٢) (٣٨٩/٨).

(٣) (٣٩١/٨).

الله بن دينار عن ابن عمر قال: (نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر) وقد صح عن ابن عمر بإباحة بيع الجمل الشارد فلو كان عنده غرراً ما خالف ما روى».

(٢) عدم ملكية المبيع:

إذا باع شخص مال غيره بلا إذن منه ولا ولاية له عليه لم يصح بيعه في الصحيح عند الشافعية، وإحدى الروایتين عن أحمد رحمه الله. غير أن الشافعية يرون في بيع الغير سبباً آخر لبطلان العقد، هو العجز عن تسليم المبيع، ويشبهون ذلك ببيع الطير في الهواء ونحوه. والقول الثاني عند الشافعية أن بيع مال الغير بلا إذن ينعقد موقوفاً على إجازة المالك<sup>(١)</sup>.

**أثر العلم بالمبيع الذي لا يقدر على تسليمه في صحة العقد عليه:**

فقدان القدرة على التسليم سبب لعدم صحة العقد، ولا أثر لمعرفة مكان ذلك المبيع في صحة العقد عليه عند الحنابلة والشافعية، فالعقد على آبق غير صحيح ولو كان العاقد يعرف مكانه<sup>(٢)</sup>.

ويرى المالكية أن العلم بموضع الآبق مع معرفة صفته تسوغ العقد عليه. وفي هذا المعنى يقول صاحب التحفة:

والعبد في الإباق مع علم محل فرار مما ابتياع فيه حل  
وقيده سحنون بما إذا كان في وثاق.

كما قيده الصقلي بما إذا كان محاطاً لدى من هو عنده.

(١) انظر: المهذب للشيرازي (١/٢٦٢)، والمجموع (٩/٢٥٩).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٤/٢٧١)، كشف القناع (٢/١٢٩)، نهاية المحتاج (٣/٣٨٦).

جاء في بداية المجتهد<sup>(١)</sup>: «ومن ذلك بيع الآبق أجازة قوم بإطلاق. ومنعه قوم بإطلاق ومنهم الشافعي، وقال مالك: إذا كان معلوم الصفة معلوم الموضع عند البائع والمشتري جاز. وأظنه اشترط أن يكون معلوم الآبق ويتواضعان الثمن. أعني: أنه لا يقبضه حتى يقبضه المشتري لأنه يتردد عند العقد بين بيع وسلف. وهذا أصل من أصوله يمنع به النقد في بيع المواضعة».

ويرى شريح وابن سيرين - من فقهاء التابعين - أن استواء طرفي العقد في العلم بالمعقود عليه حالة كونه معجوزاً عن تسليمه يسوغ العقد عليه<sup>(٢)</sup>.

\*\*\*

### المبحث الثاني

#### في عقد الإجارة

لا تجوز إجارة ما لا يجوز بيعه بسبب فراره كالأبق والشارد لعدم القدرة على تسليمه وعدم تمكن المستأجر من استيفاء المنفعة المعقود عليها<sup>(٣)</sup>.

على أن إجارة الآبق ونحوه لا تعدو أن تكون فيما أرى ضرباً من التصوير الفقهي النادر الوقوع.

ويبدو أن أبا حامد الغزالي قد تنبه لذلك لأنه يمثل لتعذر استيفاء المنفعة بنحو استئجار الأخرس للتعليم والأعمى لحفظ الأشياء، أو استئجار قطعة أرض ليس لها ماء للزراعة.

(١) (١٥٦/٢). وانظر: شرح الزرقاني على مختصر خليل (١٨/٥) وحاشية البناي عليه.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٢٧١/٤)؛ المحلى لابن حزم (٣٩١/٨).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (١٨٧/٤)؛ تحفة المحتاج (١٣١/٦)، غاية المنتهى (١٩٩/٢)، الشرح

الكبير للدردير (١٩/٤).

يقول في الوجيز<sup>(١)</sup>: «أما القدرة على التسليم نعني به أن استئجار الأخرس للتعليم والأعمى للحفاظ باطل؛ لأن المقصود غير ممكن ولو استأجر قطعة أرض لا ماء لها للزراعة فهو باطل، وإن استأجر للسكنى فجائزة».

\*\*\*

### المبحث الثالث

#### في عقد الرهن

المراد بالرهن في الفقه الإسلامي هو الرهن الحيازي وما لا يقدر على تسليمه لا تتصور حيازته.

وقد تعارضت وجهات نظر الفقهاء في هذه المسألة فالحنفية والشافعية والحنابلة لا يجيزون رهن ما لا يقدر على تسليمه بسبب فراره كالآبق والشارد؛ لأن الغرض من الرهن أن تباع العين المرهونة عند تعذر دفع الغريم ما عليه فيستوفي الدائن حقه من ثمنها وما دامت تلك الأشياء غير صالحة للبيع فاستيفاء الدين من ثمنها غير ممكن فلا يجوز رهنها للغرر<sup>(٢)</sup>.

ويرى المالكية أن علة منع بيع الآبق ونحوه هو إخلاله بالمالية والرهن لم يبذل به ثمن.

ولما كان للمرتهن أن يدفع ماله بدون وثيقة فأخذه ما فيه غرر - وهو شيء في الجملة - خير من لا شيء.

وعلى هذا يجوز رهن الآبق عند المالكية<sup>(٣)</sup>.

\*\*\*\*\*

(١) (١/٢٣١).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٦/١٣٧)، الفتاوى الهندية (٥/٤٣٢)، المهذب (١/٣٠٩)، شرح المتهى (٢/٢٣)، كشف القناع (٣/٢٦٩).

(٣) انظر: الذخيرة للقرافي (٥/١٩٢)، شرح الخرشي (٥/٢٣٦).

## الفصل الثاني

### قيام يد الغاصب

اختلف الفقهاء في تعريف الغصب فقال أبو حنيفة وأبو يوسف: هو إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل في المال. وقال محمد: الفعل في المال ليس بشرط لكونه غاصباً. وقال الشافعي رحمته الله: «الغصب إثبات اليد على مال الغير بغير إذنه والإزالة ليست بشرط»<sup>(١)</sup>.

فمالك المال المصوب - مادام عاجزاً عن انتزاعه من الغاصب - لا يجوز له بيعه من غير غاصبه أو قادر على أخذه منه، لأن من شرط البيع القدرة على تسليم المبيع ومجملولة الغاصب بينه وبين ذلك يتخلف هذا الشرط<sup>(٢)</sup>. ولا يلزم لانعقاد بيع المصوب عند الحنفية - أن يكون البائع قادراً على التسليم بنفسه، بل يعتبر قادراً بقدرة السلطان والقاضي وجماعة المسلمين، وحسبه ثبوت الغصب ووجود قضاء عادل، وسلطة تنفيذية حازمة ترعى مصالح الناس وتحمي حقوقهم، وجماعة من المسلمين يشد بعضهم إزر بعض، فإذا توافرت هذه الأمور جاز للمالك أن يبيع ماله المصوب من غير غاصبه، غير أن العقد يكون موقوفاً على التسليم؛ لأن قيام يد الغاصب - صورة - يمنع من نفاذه<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر: بدائع الصنائع (١٤٣/٧).

(٢) انظر: البحر الرائق (٢٨٠/٥)، نهاية المحتاج (٣٨٦/٣)، الشرح الكبير لابن أبي عمر بهامش المغني (٢٥/٤)، القوانين الفقهية ص ٢٣٩.

(٣) انظر: بدائع الصنائع (١٤٧/٥).

ويُفرق المالكية - في معرض بيع المغصوب من غير الغاصب - بين من تنفَّذ عليه الأحكام وبين من لا ينفذ عليه، فإذا اغتصب شخص مال غيره وكان الغاصب ممن لا تأخذه الأحكام لم يجوز للمالك المال المغصوب أن يبيعه من غيره. كما يمتنع أيضاً إذا كان الغاصب منكرًا، وإن كان ممن تأخذه الأحكام، وعليه بينة بالغصب لما ينجم عن ذلك من الخصومة. أما إذا كان الغاصب مقرًّا بالغصب، وكان ممن تأخذه الأحكام فإن بيع المغصوب من غير غاصبه يجوز في هذه الصورة<sup>(١)</sup>.

\* \* \* \* \*

(١) انظر: شرح الزرقاني وحاشية البناي عليه (١٨/٥).

وانظر: بدائع الصنائع (٤/١٨٧)، تحفة المحتاج (٥/٥٤)، شرح المنتهى (٢/٢٣٠).

## الفصل الثالث

### عدم قابلية المعقود عليه للتسليم

تمليك الدين لغير من هو عليه؛

للفقهاء في تكييف الدين طريقان: أحدهما أنه مال حقيقي يثبت به حكم اليسار.

والثاني أنه حق مطالبة يصير مالاً في المآل.

فإن كيفنا الدين بأنه مال حقيقي وقلنا بيع المال جائز تخلف شرط آخر من شروط البيع وهو القدرة على تسليم المبيع إلى المشتري؛ إذ الدين لا يستطاع تسليمه لغير من هو عليه.

وإن كيفناه بأنه حق مطالبة فالحق بطبيعته لا يقبل النقل إلى الغير.

وقد اختلف الفقهاء في تمليك الدين لغير من هو عليه فذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى منعه. وذهب المالكية إلى جوازه، إلا أنهم قيدوا الجواز بعدة قيود.

وسنعرض فيما يلي لبيان وجهة نظر كل مذهب.

### المبحث الأول

#### تمليك الدين لغير من هو عليه في المذهب الحنفي

الأصل عند الحنفية أن تمليك الدين لغير من هو عليه لا يجوز سواء كان التمليك بطريق المعاوضة كالبيع وما في معناه، أو بطريق التبرع كالهبه، غير أنهم استثنوا من المنع مسائل ثلاث: الحوالة، والهبه مع التوكيل بالقبض، والوصية.

وسنرجئ بحث الوصية والهبه مع التوكيل بالقبض إلى الباب الذي سنعقده

لبحث عدم القدرة على التسليم في التبرعات.



ونقتصر الآن على بحث الحوالة باعتبارها مستثناة من أصل المنع، ثم ننظر إلى الإقرار بالاسم المستعار هل هو من قبيل تمليك الدين لغير من هو عليه أم لا؟

### (١) الحوالة:

اتفقت المذاهب على جواز حوالة الدين، ولهذه الحوالة عدة صور، منها ما يكون باتفاق المحيل مع المحال له، ويشترط الحنفية في هذه الصورة: رضی المحال عليه، فإن قبل الحوالة صحت وتمت، وإلا فلا<sup>(١)</sup>.

وحوالة الدين في هذه الصورة تتمخض - عند توافر شروطها - عن تمليك الدين لغير من هو عليه، لكن بطريق غير مباشر؛ إذ يجئ التمليك في أعقاب الحوالة لأن حق المحيل وهو المدين الأصلي قبل المحال عليه ينتقل إلى المحال له، غير أننا لا نستطيع أن نقول بناء على ذلك أن المذهب الحنفي يقر حوالة الحق، لأن الصورة التي ألمعنا إليها شاذة، والشاذ لا حكم له، وهي غير مقصودة ابتداءً، فلا تعدو أن تكون هيكل حوالة حق.

وإذا لم تستوف حوالة الدين شروطها اعتبرت وكالة.

جاء في البدائع<sup>(٢)</sup>: «ولو اشترى شيئاً بثمن دين، ولم يضيف العقد إلى الدين حتى جاز ثم أحال البائع على غريمه بدينه الذي له عليه جازت الحوالة سواء كان الدين الذي أحيل به ديناً يجوز بيعه قبل القبض أو لا يجوز كالسلم ونحوه. وذكر الطحاوي رحمه الله أنه لا تجوز الحوالة بدين لا يجوز بيعه قبل القبض، وهذا غير سديد؛ لأن هذا توكيل بقبض الدين، فإن المحال له يصير بمنزلة

(١) انظر: المادة (٦٨٢) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) (١٨٢/٥).

الوكيل للمحيل بقبض دينه من المحتال له، والتوكيل بقبض الدين جائز، أي دين كان، ويكون قبض وكيله كقبض موكله».

ويقول سليم الباز<sup>(١)</sup> في شرح المادة (٢٥٢) من مجلة الأحكام العدلية ونصها: «للبيع أن يتصرف بثمر المبيع قبل القبض مثلاً لو باع ماله من آخر بثمر معلوم له أن يحيل بثمره دائه... ثم أن الثمن قسماً لأنه تارة يكون حاضراً كما لو اشترى فرساً بهذه الدراهم أو بهذا الكر من الخنطة فهذا يجوز التصرف فيه قبل قبضه بيع أو هبه وغيرهما من المشتري وغيره. وتارة يكون ديناً في الذمة كما لو اشترى فرساً بكيل حنطة أو بعشرة دراهم في الذمة فهذا لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه إلا بتمليكه من المشتري فقط، لأنه دين وتمليك الدين لا يصح إلا ممن عليه الدين إلا في ثلاث مسائل على ما في الأشباه.

**الأولى:** إذا أحال دائه بثمر المبيع الثابت بذمة المشتري كما في المثال الوارد

في متن المادة.

**الثانية:** بأن يوصى به الآخر.

**الثالثة:** إذا وهبه من آخر ووكله بقبضه من المديون، لأنه حينئذ يكون وكيلاً قابضاً للموكل ثم لنفسه».

**(٢) الإقرار بالاسم المستعار**

قد يكون لشخص دين في ذمة شخص آخر ويحرر سند هذا الدين بغير اسم الدائن الحقيقي، ثم يقر الدائن الصوري الذي حرر السند باسمه بأن الدين المذكور لشخص ثالث. وأن اسمه في السند مستعار.

ويرى الفقهاء أن هذا الإقرار صحيح، فيجوز بمقتضاه للمقر له أن يقبض الدين دون أن يفوضه المقر في ذلك، لأن هذا الإقرار إخبار لا تمليك.

(١) انظر: شرح المجلة لسليم الباز ص ١١٤.

جاء في شرح المادة (٨٤٨) من مجلة الأحكام العدلية لسليم باز<sup>(١)</sup>: «وليس منه -أي تمليك الدين من غير من عليه الدين- ما إذا أقر الدائن أن الدين لفلان، وأن اسمه في كتاب الدين عارية. حيث يصح إقراره. لكونه إخباراً لا تملياً فللمقر له قبضه».

ويرى الدكتور صبحي المحمصاني أن هذا الإقرار يؤدي وظيفة التمليك، وأنه قد يتخذ وسيلة للتحاليل على قاعدة منع حوالة الحق. حيث يجوز لمن كان اسمه مذكوراً في سند الدين أن يقر بأن اسمه مستعار، وأن الدين في الحقيقة لشخص آخر<sup>(٢)</sup>.

ويرى السيد الحسيني عبد الغفار أن ملكية الدين في هذه الصورة إما أن ترجع إلى الوكالة -إذا لم يصرح المقر في الإقرار بأن اسمه في صك الدين مستعار- وإما أن تكون ناشئة عن الإقرار بالاسم المستعار والإخبار بالحقيقة وليست من مستثنيات تمليك الدين لغير من هو عليه.

جاء في كتاب "الحوالة في الفقه الإسلامي" للسيد الحسيني عبد الغفار<sup>(٣)</sup>: «وأما تمليكه بواسطة الوكالة فسيبتين أنها لا تكفي لتمليكه إلا إذا امتنع الموكل عن تقاضي الدين بنفسه ولم يعزل الوكيل حتى يتم قبض الوكيل للدين من المدين، فحينئذ يتملكه الوكيل على اعتبار أنه قبضه أولاً للموكل ثم لنفسه حيث يتملكه وقد صار عيناً أما قبل ذلك فالوكالة عرضة للفسخ بتقاضي

(١) ص ٤٣٥.

(٢) انظر: محاضرات في القانون المدني اللبناني: حوالة الحق وحوالة الدين للدكتور صبحي المحمصاني ص ١٨ من مطبوعات معهد الدراسات العربية العالية.

(٣) ص ٢٠٠، مطبوع على الآلة الكاتبة.

الموكل لدينه بنفسه من المدين أو بعزله الوكيل ، فأين التملك بواسطة الوكالة من تملك الدين لمن هو عليه أو لغيره... وأما تملكه بواسطة حيلة الإقرار بالاسم المستعار ، فإنها قد ترجع إلى الوكالة ، حيث قد قيل : أنه لا بد لصحتها - إذا لم يصرح المقر في الإقرار بأن اسمه في صك الدين مستعار - من أن يسلط المقر ، المقر له على قبض الدين ، وأن يصادقه المدين على ذلك ، وإلا فللمقر بعد إقراره إذا لم يسلط المقر له على قبض الدين من المدين - أن يقبضه دون مانع وقد سبق بيان مدى صلة تملك الدين بواسطة الوكالة ، لغير من هو عليه باستثنائها من أصل منع تملك الدين من غير من هو عليه .

وأما إذا لم يسلطه فلا يصح الإقرار إلا إذا نص على أن اسمه في صك الدين عارية فحينئذ يصح الإقرار ويكون الدين في ذمة المدين مملوكاً للمقر له ، ولكن لا على أساس أنه من قبيل تملك الدين من غير من هو عليه حتى يتأتى القول باستثنائه من أصل المنع أو لا يتأتى ، ولكن على أساس أنه من قبيل الإخبار فلا يكون مما نحن فيه وبالتالي لا يكون من مستثنيات تملك الدين من غير من هو عليه .»

#### الفرع الأول: بيع الدين لغير من هو عليه:

لا يجوز بيع الدين لغير من هو عليه ، لعدم القدرة على تسليمه ولا يجوز شراء الدين الذي في ذمة الغير ومن صور شراء الدين : أن يقضي شخص دين غيره على أن يكون له .

ويجوز بيع الدين ممن هو عليه ؛ لأن ما في ذمة المدين مسلم إليه ، فلا يتخلف - في هذه الحالة - شرط القدرة على التسليم .

جاء في البدائع<sup>(١)</sup>: «ولا ينعقد بيع الدين من غير من عليه الدين، لأن الدين إما أن يكون عبارة عن مال حكمي في الذمة. وإما أن يكون عبارة عن فعل تمليك المال وتسليمه وكل ذلك غير مقدور التسليم في حق البائع».

إلى أن قال<sup>(٢)</sup>: «وأما بيع هذه الديون من غير من عليه والشراء بها من غير من عليه فينظر إن أضاف البيع والشراء إلى الدين لم يجز بأن يقول لغيره: بعث منك الدين الذي في ذمة فلان بكذا، أو يقول: اشتريت منك هذا الشيء بالدين الذي في ذمة فلان؛ لأن ما في ذمة فلان غير مقدور التسليم في حقه والقدرة على التسليم شرط انعقاد العقد على ما مر، بخلاف البيع والشراء بالدين ممن عليه الدين، لأن ما في ذمته مسلم إليه وإن لم يضاف العقد إلى الدين الذي عليه جاز».

وجاء في البحر الرائق<sup>(٣)</sup>: «ولا ينعقد بيع الدين من غير من عليه الدين، ويجوز من المديون لعدم الحاجة إلى التسليم».

#### الفرع الثاني: الصلح عن الدين مع غير من هو عليه

اتفق أئمة المذهب الحنفي على بطلان تصالح الورثة على إخراج بعضهم عما يستحقه من الميراث إذا كان في التركة ديون على الناس، ولكنهم اختلفوا في تعليل هذا البطلان، فأبو حنيفة رحمه الله يعزوه إلى منع تمليك الدين لغير من هو عليه.

أما أبو يوسف ومحمد فيريان أن الدين لا يعتبر مالاً إلا إذا قبض، وقبل ذلك لا يكون محلاً للتمليك بعوض.

(١) (١٤٨/٥).

(٢) (١٨٢/٥).

(٣) (٢٨٠/٥).

ولما كان منع الصلح المذكور مما يضيق به نطاق التعامل فقد حاول الحنفية أن يسدوا هذه الثغرة دون أن يخرجوا على أصلهم، فطرقوا أبواب الحيل يدفعون بها حاجة الناس.

### ولهم حيل شتى في هذا المجال: منها:

- ١- أن يشترط الورثة على المصالح إبراء الغرماء عن نصيبه من الدين.
  - ٢- أن يتبرعوا بقضاء حصة المصالح من الدين الذي في ذمم الغرماء، ثم يصالحوه عما بقي من التركة.
  - ٣- أن يقرض الورثة المصالح قدر حصته من الدين، ويصالحوه عن أعيان التركة، فيحيلهم بدين القرض الذي لهم في ذمته على الغرماء، ويقبل الغرماء الحوالة.
  - ٤- أن يبيع الورثة للمصالح شيئاً زهيداً \_ نحو كف تمر \_ بثمن يعدل قدر حصته من الدين، ثم يحيلهم بثمن ذلك على الغرماء.
  - ٥- أن يوكل المصالح الورثة في قبض حصته من الدين، ثم أخذها لأنفسهم بعد ذلك.
- جاء في شرح الهروي على الكنز<sup>(١)</sup>: «ولو في التركة دين على الناس فأخرجوه، أي إن كان في التركة دين على الناس فصالحوه على أن يخرجوا المصالح عن الدين، ليكون الدين لهم بطل الصلح مطلقاً أي في الدين والعين قيل هذا قول أبي حنيفة، وعندهما يبقى العقد صحيحاً فيما وراء الدين وقيل هو الكل وإن شرطوا أي الورثة في هذه المسألة أن يبرأ الغرماء منه أي من نصيب المصالح من الدين صح الصلح».

وجاء في مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر<sup>(١)</sup>: «وإن كان في التركة دين على الناس فأخرجوا أي أخرجت الورثة أحدهم ليكون الدين لهم بطل الصلح، لأن فيه تمليك الدين الذي هو حصة المصالح من غير من عليه الدين وهم الورثة فبطل ثم تعدى البطلان إلى الكل، لأن الصفقة واحدة سواء بين حصة الدين أو لم يبين عند الإمام وينبغي أن يجوز عندهما في غير الدين إذا بين حصته ثم ذكر لصحة الصلح حياً فقال: فإن شرطوا أي الورثة براءة الغرماء من نصيبه أي من الدين الذي هو نصيب المصالح صح الصلح، لأنه إسقاط وتمليك الدين ممن عليه الدين وفي هذا الوجه ضرر بسائر الورثة حيث لا يمكنهم الرجوع على المديون بمقدار نصيب المصالح ونوع نفع لهم حيث لا يبقى للمصالح حق فيما على المديون فإذا وجد الضرر مع النفع في محل لا يعد مثل هذا الضرر ضرراً فتصير هذه الحيلة مقبولة عند البعض.

وكذا صح الصلح إن قضاوا أي تعجلوا قضاء حصته أي حصة المصالح منه أي من الدين تبرعاً ثم تصالحوا عما بقي من التركة ولا يخفى ما فيه من ضرر لبقية الورثة فالأولى ما ذكره بقوله: أو أقرضوه أي اقرض بقية الورثة المصالح قدرها أي قدر حصته من الدين وأحالهم أي أحال المصالح الورثة به أي بالقرض الذي أخذه منهم على الغرماء وهم يقبلون الحوالة وصالحوه عن غيره أي عن غير الدين بما يصلح أن يكون بدل صلح وفي التبيين والأوجه منه أن يبيعه كفا من تمر ونحوه بقدر الدين ثم يحيلهم على الغرماء أو يحيلهم ابتداء من غير بيع ليقبضوه ثم يأخذوه لأنفسهم».

الفرع الثالث: قسمة الدين:

القسمة إفراس لبعض الأنصباء ومبادلة للبعض الآخر.

والأصل عند الحنفية منع تملك الدين لغير من هو عليه. فلا تجوز قسمته سواء كان على غريم واحد أو على أكثر من ذلك، لأنه إن كان على أكثر من غريم ترتب على قسمته تملك أحد المقتسمين ما في ذمة أحد الغرماء في مقابل تملك صاحبه ما في ذمة الغريم الآخر، «وإذا كان تملك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز بعوض عين فلأن لا يجوز بعوض دين أولى»<sup>(١)</sup>.

وإن كان الدين في ذمة رجل واحد لم تكن حيازته في مقدورهما قبل القبض فلا تصح قسمته والحالة هذه، لأن القسمة حيازة ولا تتحقق حيازة ما في الذمة.

جاء في الفتاوى المهدية في الوقائع المصرية<sup>(٢)</sup>: «(سئل) في رجل مات عن زوجته وعن أخ وقسمت التركة بينهم وللमित ديون على أناس مقرين بها قادرين على دفعها جعلتها الزوجة من نصيبها ثم أن الأخ ادعى على الزوجة بعض أعيان ممن التركة لم تظاهرها وقت القسمة فصالحته على قدر معين في مقابلة دعواه والتزمت بدفع البدل فهل والحال هذه يصح هذا الصلح وتلزم بدفع بدل الصلح ولا عبرة بتعللها أنها لم تقبض الديون التي للميت، (أجاب): إذا وقع الصلح عن الدعوى صحيحاً مستجمعاً لشرائطه لا يكون لأحد المتصلحين نقضه بدون وجه شرعي ولا تختص الديون المشتركة قبل قبضها ببعض الورثة إذ لا يصح تملك الدين لغير من عليه الدين والله تعالى أعلم»<sup>(٣)</sup>.

#### الفرع الرابع: رهن الدين؛

الغرض من الرهن هو ضمان حصول الدائن على حقه إذا لم يقيم المدين بدفعه إليه ولا بد لتوافر هذا الضمان من أن يكون المرهون في حوزة المرتهن

(١) المبسوط (٦٩/١٥).

(٢) (٤٦٤/٤) المطبعة الأزهرية.

(٣) انظر: مختصر أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ علي الخفيف ص ١٥٨.



والحيازة لا تتحقق إلا في الأعيان، أما الديون فهي أوصاف في الذمم لا تتصور حيازتها فلا يصح رهنها.

على أن لعدم صحة رهن الدين سبباً آخر، هو ما يترتب عليه على تقدير صحته من تملك الدين لغير من هو في ذمته، فإذا فرضنا أن شخصاً اشترى سلعة ما، ورهن للبائع ماله في ذمة الغير، ثم اتخذ البائع إجراءات التنفيذ على الرهن فإنه يصبح مالكا للدين الذي في ذمة ذلك الغير، غير أن تملك الدين لغير من هو في ذمته لا يجوز.

ويفرق الحنفية بين رهن الدين ابتداء وبين رهنه بقاء فيمنعونه في الأولى، ويجزونه في الثانية، وصورتها: أن تباع العين المرهونة بموافقة الراهن، فيصبح ثمنها وقد يكون ديناً رهناً مكانها.

يقول الكاساني في البدائع<sup>(١)</sup>: «وليس له أن يبيع الرهن بغير إذن الراهن، لأن الثابت له ليس إلا ملك الحبس، فإما ملك العين فللراهن والبيع تملك العين فلا يملكه المرتهن من غير إذن الراهن. ولو باع من غير إذنه وقف على إجازته فإن أجازته جاز وكان الثمن رهناً وكذا إذا باع بإذنه جاز وكان ثمنه رهناً سواء قبضه من المشتري أو لم يقبضه، ولو هلك كان الهلاك على المرتهن وهذا يشكل على الشرط الذي ذكرنا لجواز الرهن وهو أن لا يكون المرهون ديناً والثمن ديناً في ذمة المشتري فكيف يصلح رهناً؟ (والجواب) أن الدين يصلح رهناً في حال البقاء وإن كان لا يصلح ابتداء، لأنه في حالة البقاء بدل المرهون. ويدل المرهون مرهون لأنه قائم مقام المرهون كأنه هو بخلاف حالة الابتداء وإن رد بطل وعاد المبيع رهناً كما كان».

\*\*\*

## المبحث الثاني تمليك الدين لغير من هو عليه في المذهب الشافعي

الفرع الأول: بيع الدين لغير من هو في ذمته:

والشافعية أيضاً لا يجيزون بيع الدين لغير من هو عليه، لعدم القدرة على تسليمه. والمراجع لكتبهم يجد أنهم ينصون على أن لهم في هذه المسألة قولين: أحدهما: منع بيع الدين لغير من هو عليه.

والثاني: جوازه. ولكن القائلين بالجواز قيده بعدة قيود منها ما يخفف من العجز عن التسليم كاشتراط الحلول والاستقرار وملاءة المدين.

ومنها ما يخرج المسألة عن موضوع البحث، وذلك في اشتراطهم تقابض العوضين في المجلس، لأن قبض العوضين في مجلس العقد يحول المسألة من بيع دين إلى بيع عين، وبيع العين ليس موضع خلاف.

ويبدو أن اختلافهم في هذه المسألة يعود إلى اختلافهم في تكييف الدين. وذلك أن منهم من يكييف الدين بأنه حق مطالبة يصير ما لا في المآل، ومنهم من يكييفه بأنه مال في الحقيقة. فمن كَيّف الدين بأنه حق مطالبة قال بعدم جواز بيعه لغير من هو عليه، لأن الحقوق لا تقبل النقل إلى الغير.

ومن كيفه بأنه مال: قال بالجواز، ولكنه احتاط للأمر فقيد جواز بيعه بقيود عدة، غير أن هذه القيود كفيّلة بإخراج المسألة عما نحن فيه كما سبق القول. وعلى هذا فالشافعية كالحنفية لا يجيزون بيع الدين لغير من هو عليه، لعدم القدرة على تسليمه.

جاء في قواعد الزركشي<sup>(١)</sup>: «الدين: هل هو مال في الحقيقة، أو هو حق مطالبة يصير مالاً في المآل. فيه طريقان حكاهما المتولي في كتاب الصلح. ووجه الأول: أنه يثبت به حكم اليسار حتى تلزمه نفقة الموسرين وكفارتهم ولا تحل له الصدقة.

ووجه الثاني: أن المالية من صفات الموجود. وليس ههنا شيء موجود قال وإنما استنبط هذا من قول الشافعي فيمن ملك ديوناً على الناس هل تلزمه الزكاة؟ على المذهب: الوجوب، وفي القديم قول أنها لا تجب. ويتفرغ عليه فروع منها:

هل يجوز بيع الدين من غير من عليه الدين؟ إن قلنا مال جاز. أو حق فلا، لأن الحقوق لا تقبل النقل إلى الغير».

وجاء في نهاية المحتاج للرملي<sup>(٢)</sup>: «وبيع الدين غير المسلم فيه بعين (لغير من) هو (عليه باطل في الأظهر بأن يشتري عبد زيد بمائة له على عمرو) لأنه لا يقدر على تسليمه، وهذا ما في المحرر والشرحين والمجموع هنا وجزم به الرافعي في الكتابة.

والثاني: يصح وصححه في زوائد الروضة ونقل أن المصنف أفتى به وهو الموافق لكلام الرافعي في آخر الخلع واختاره السبكي وحكى عن النص وهو المعتمد وأفتى به الوالد رحمه الله تعالى لاستقراره كبيعه ممن هو عليه وهو الاستبدال السابق ومحلّه إن كان الدين حالاً مستقراً والمدين مقراً ملياً أو عليه بينة وإلا لم يصح لتحقيق العجز حينئذ.

(١) (١/٣٦٥).

(٢) (٤/٨٩).

ويشترط قبض العوضين في المجلس كما صرح به في أصل الروضة كالبغوي وهو المعتمد. وإن قال في المطلب مقتضى كلام الأكثرين يخالفه والقول يحمل الأول على الربوي والثاني على غيره صحيح لعدم تأتبه مع تمثيلهما بأن يشتري عبد زيد بمائة له على عمرو».

جاء في حاشية الشبراملسي (قوله والثاني يصح) أي سواء اتفقا في علة الربا أو لا (قوله ومحله الخ) أي ما ذكر من صحة بيع الدين لغير من هو عليه (قوله أو عليه بينة) أي لا كلفة عليه في إقامتها (قوله ويشترط قبض العوضين) أي وإن لم يكونا ربويين).

#### الفرع الثاني: الصلح عن الدين مع غير من هو عليه:

القائلون بجواز بيع الدين لغير من هو عليه يشترطون للجواز شروطاً منها تقابض العوضين في المجلس، وقد ذكرنا فيما سبق أن هذا الشرط كفيلاً بنقل تلك المسألة من بيع الدين إلى بيع العين.

والنصوص التي اطلعت عليها في كتب الشافعية مما يتعلق بالصلح عن الدين مع غير من هو عليه تبني القول فيه على القول في البيع.

جاء في المهذب للشيرازي<sup>(١)</sup>: «فإن صالحه عن نفسه وقال: صالحني عن هذا الدين ليكون لي في ذمة المدعي عليه. ففيه وجهان بناء على الوجهين في بيع الدين من غير من عليه:

أحدهما: لا يصح، لأنه لا يقدر على تسليم ما في ذمة المدعي عليه.

والثاني: يصح كما لو اشترى وديعة في يد غيره».

وجاء في تحفة المحتاج<sup>(١)</sup>: «وخرج بالعين فيما ذكر الدين. فلا يصح عنه بدين ثابت قبل ذلك. ويصح بغيره إن قال: وهو مقر أو هو لك أو وهو مبطل بناء على الأصح السابق من صحة بيع الدين لغير من هو عليه».

وجاء في نهاية المحتاج للرملي<sup>(٢)</sup>: «وإن كان المدعي عليه منكراً وقال الأجنبي: هو مبطل في إنكاره، لأنك صادق عندي فصالحني لنفسي فإن كان المدعي به عيناً فهو شراء مغصوب».

فيفرق بين قدرته على انتزاعه فيصح وعدمهما فلا يصح، ويكفي للصحة قوله: أنا قادر على انتزاعه وإن كان المدعي به ديناً ففيه الخلاف المار».

هذه طائفة من نصوص الشافعية في الصلح عن الدين مع غير من هو عليه يتضح منها أنهم يبنون القول فيه على القول في بيعه.

فهل يشترط في الصلح عن الدين أيضاً أن يتم تقابض العوضين في المجلس قياساً على البيع؟ الظاهر أنهم يشترطون ذلك.

جاء في بغية المسترشدين لباعلوي الحضرمي<sup>(٣)</sup>: «ثم إن كانت التركة أعياناً وصالح عن غيرها فبيع، أو على بعضها فهبة لباقي النصيب. وإن كانت ديوناً فإن كانت عليهم وصالحوه على غيرها فبيع دين لمن هو عليه فيشترط أن لا يكون دين سلم وأن يعين العوض في المجلس مع قبضه إن اتفقا في علة الربا، أو على غيرهم فبيع دين لغير من هو عليه فيصح في الأظهر بشرطه ومنها كونه على ملئ مقر».

(١) (١٩٧/٥).

(٢) (٣٧٨/٤).

(٣) ص ١٤١.

ومما يؤيد هذا النص أن عقد البيع من أهم عقود المعاوضة وما يشترط فيه يشترط غالباً في العقود التي بمعناه، لا سيما وأن من عادة الفقهاء أن يذكروا طائفة كبيرة من التعريفات الفقهية في عقد البيع ولا يشيرون إليها في كثير من العقود الأخرى اكتفاء بذلك.

وعلى هذا فما ذكرناه في بيع الدين لغير من هو عليه ينسحب على الصلح عنه أيضاً.

#### الفرع الثالث: قسمة الدين؛

وقسمة الدين غير جائزة عند الشافعية، لامتناع إفراز ما في الذمة، ولرجوعها إلى بيع الدين لغير من هو عليه، ولأنها من بيع الدين بالدين.

جاء في حاشية الشرواني على تحفة المحتاج<sup>(١)</sup>: «ولا تصح قسمة الديون المشتركة في الذمم، لأنها إما بيع دين بدين أو إفراز ما في الذمة لعدم قبضه وعلى هذا لو تراضيا على أن يكون ما في ذمة زيد لأحدهما وما في ذمة عمرو للآخر لم يختص أحد منهما بما قبضه».

#### الفرع الرابع: رهن الدين؛

رهن الدين عند الشافعية إما أن يكون جعلياً، وإما أن يكون شرعياً، وإما أن يكون انتهائياً.

فالرهن الجعلي هو رهن الدين ابتداءً.

وللشافعية في هذا النوع من الرهن وجهان:

أحدهما: جوازه تنزيلا لما في الذمة منزلة الأعيان.  
الصحيح عندهم منعه، لعدم القدرة على تسليمه.  
ومما تجدر ملاحظته أنهم أجازوا بيع الدين المستقر لمن هو عليه، واختلفوا في رهنه. ولعل السبب في ذلك أن الرهن لا يلزم إلا بالقبض وإذا قبض صار عيناً<sup>(١)</sup>.

جاء في المهذب للشيرازي<sup>(٢)</sup>: «وفي رهن الدين وجهان:  
أحدهما: يجوز، لأنه يجوز بيعه فجاز رهنه كالعين.  
والثاني: لا يجوز، لأنه لا يدري هل يعطيه أم لا وذلك غرر من غير حاجة  
فمنع صحة الرهن».

وجاء في فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي<sup>(٣)</sup>: «الأول المرهون وله شروط:

أحدهما: أن يكون عيناً أما الدين ففي جواز رهنه وجهان:  
أحدهما الجواز تنزيلا لما في الذمم منزلة الأعيان ألا ترى أنه يجوز شراء ما في  
الذمة وبيعه سلماً.

(وأصحهما) وهو المذكور في الكتاب المنع، لأن الدين غير مقدور على تسليمه. ومنهم من رتب هذا الخلاف على الخلاف في بيع الدين والرهن أولى بالمنع، لأنه لا يلزم إلا بالقبض، والقبض لا يصادف ما تناوله العقد ولا

(١) انظر: تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٥/٥٤-٥٥).

(٢) (٣٠٩/١).

(٣) (٣/١٠) بهامش المجموع.

مستحقاً بالعقد. والقبض في البيع يصادف مستحقاً بالعقد، لأن البيع سبب الاستحقاق».

وجاء في معنى المحتاج<sup>(١)</sup>: «شرط الرهن أي المرهون كونه عيناً يصح بيعها في الأصح فلا يصح رهن دين ولو ممن عليه، لأنه غير مقدور على تسليمه والثاني يصح رهنه تنزيلاً له منزلة العين».

والرهن الشرعي هو صيرورة تركة المدين بما لها من ديون رهناً لضمان استيفاء حقوق دائنيه.

جاء في حاشية الشرقاوي على شرح التحرير<sup>(٢)</sup>: «وخرج بالعين الدين فلا يصح رهنه ابتداءً كما سيأتي في الشرح وهذا في الرهن الجعلي. أما الشرعي كمن مات وعليه دين فإن تركته تكون مرهونة به سواء كانت أعياناً أو ديوناً فلا يجوز التصرف في شيء منها ولو كان الدين يسيراً كفلس».

والرهن الانتهائي: هو كون بدل العين المرهونة إذا أتلفت بجنابة رهناً مكانها؛ يتعلق بذمة الجاني.

جاء في حاشية الشرقاوي على شرح التحرير<sup>(٣)</sup>: «وبقوله ابتداءً ما إذا أتلفت مرهون بجنابة فإن بدله يتعلق بذمة الجاني ويكون رهناً مكانه كما ذكره في المنهج أيضاً».

\*\*\*

(١) (١٢٢/٢).

(٢) (١٣٣/٢).

(٣) (١٣٧/٢).



## المبحث الثالث

## تمليك الدين لغير من هو عليه

## في المذهب الحنبلي

## الفرع الأول: بيع الدين لغير من هو عليه

المعتمد عند الحنابلة أن بيع الدين لغير من هو عليه لا يصح؛ لأن الدين في ذمة الغير شبيه بالآبق والطير في الهواء من حيث عدم القدرة على تسليمه، ومن شروط صحة العقد القدرة على تسليم المعقود عليه، وقد تخلف هذا الشرط. أما بيعه لمن هو في ذمته فجائز، لعدم الحاجة إلى تسليمه والحالة هذه، إذ هو مسلم إليه بحكم كونه في ذمته، ولا داعي لتسليمه إليه مرة أخرى.

وفي المذهب الحنبلي رواية ثانية تقضي بجواز المعاوضة على الدين من الغريم وغيره، وقد اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه العلامة ابن القيم<sup>(١)</sup>.

جاء الشرح الكبير<sup>(٢)</sup>: «فإن باع الدين لغير من هو في ذمته لم يصح، وبه قال أبو حنيفة والثوري واسحق قال أحمد: إذا كان لك على رجل طعام قرصاً فبعه من الذي هو عليه بنقد، ولا تبعه من غيره بنقد ولا نسيئة، وإذا أقرضت رجلاً دراهم أو دنائير، فلا تأخذ من غيره عوضاً بمالك عليه. وقال الشافعي: إن كان الدين على معسر أو محاطل لم يصح البيع، لأنه معجوز عن تسليمه وإن كان على مليء باذل له ففيه قولان: أحدهما يصح؛ لأنه ابتاع بمال ثابت في الذمة فصح كما لو اشترى في ذمته، ويشترط أن يشتري بعين أو يتقابض في المجلس لثلاثين يكون بيع دين بدين.

(١) جاء في إعلام الموقعين لابن القيم: (والدين في الذمة يقوم مقام العين ولهذا تصح المعاوضة عليه من الغريم وغيره) (١/٤).

(٢) (٣٤٢/٤) بهامش المغني.

ولنا: أنه غير قادر على تسليمه فلم يصح كبيع الآبق والطيور في الهواء». وجاء في الإنصاف<sup>(١)</sup>: «لا يجوز بيع الدين المستقر لغير من هو في ذمته، وهو الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب.

وعنه يصح، قاله الشيخ تقي الدين رحمه الله».

**الفرع الثاني: الصلح عن الدين مع غير من هو عليه:**

من صور الصلح عن الدين مع غير من هو عليه أن يقيم شخص دعوى على آخر في حق له عليه، فيجزيء شخص ثالث يعترف بصحة هذه الدعوى، ويريد أن يصلح المدعي لنفسه ليحل محله فيما له من حق على المدين. وقد اختلف الحنابلة في الصلح عن الدين مع غير من هو في ذمته كما اختلفوا في بيعه منه فمنهم من أجازوه. ومنهم من منعه.

وعلة المانعين، أنه من بيع الدين لغير من هو عليه، وهو غير مقدور التسليم.

جاء في الإنصاف<sup>(٢)</sup>: «وإن صالح الأجنبي لنفسه لتكون المطالبة له غير معترف بصحة الدعوى، أو معترفاً بها، عالماً بعجزه عن استنقاذها لم يصح» إذا لم يعترف الأجنبي للمدعي بصحة دعواه فالصلح باطل بلا نزاع أعلمه، وإن اعترف له بصحة الدعوى وكان المدعي به ديناً لم يصح أيضاً على الصحيح من المذهب ومن الأصحاب من قال: يصح، قال في المغني والشرح: وليس بجيد، قال ابن منجا في شرحه: «وليس بشيء».

(١) (١١٢/٥) وانظر: كشف القناع (٢٥٢/٣)، شرح المنتهى (٢٢٢/٢)، و انظر: أيضاً

القاعدة الثانية والخمسين من قواعد ابن رجب، والقسم الثالث من الجزء الأول من مجموعة الرسائل النجدية رسائل وفتاوى الشيخ سعيد بن حجي ص ٧١٣ ط المنار.

(٢) غاية المنتهى (١٢١/٢). وانظر: شرح المنتهى (١٦٥/٢).

وجاء في الغاية<sup>(١)</sup> للشيخ مرعي الكرمي: «وإن صالح الأجنبي المدعي لنفسه ليكون الطلب له أي الأجنبي وقد أنكر الأجنبي المدعي. أي صحة الدعوى لم يصح... أو أقر الأجنبي والمدعى به دين لم يصح، لأنه بيع دين لغير من هو عليه».

### الفرع الثالث: قسمة الدين:

قد يشترك اثنان فأكثر في دين لهما على شخص فأكثر بأحد أسباب الشركة من عقد أو ميراث أو إتلاف.

والقول المعتمد عند متأخري الحنابلة هو عدم صحة قسمة الدين. جاء في غاية المنتهى<sup>(٢)</sup>: «فرع: لو تقاسما ديناً في ذمة أو ذمم لم يصح، فما ضاع بعد قسمة فعليهما<sup>(٣)</sup>».

على أن في المذهب الحنبلي روايتين عن الإمام أحمد رحمه الله. إحداهما: رواية حرب وتقضي بجواز قسمة الديون في الذمم واستقلال كل واحد من الشركاء بحصته منها.

والثانية: رواية حنبل بمنع القسمة، لعدم تكافؤ الذمم إذا كان الدين في ذمم متعددة. ولعدم قابليته للإفراز والتعديل إذا كان في ذمة واحد. ورجح ابن عقيل رحمته الله الرواية الأولى القاضية بالجواز. وعلل ذلك بصحة الحوالة والزام المحال مع عدم رضاه عند ملاءة المحال عليه بالرغم من تفاوت الذمم في الأصل.

(١) غاية المنتهى (١٢١/٢). وانظر: شرح المنتهى (٢٦٥/٢).

(٢) (١٦٨/٢).

(٣) انظر أيضاً: كشاف القناع (٢١٩/٣).

جاء في كفاية المفتي لابن عقيل<sup>(١)</sup>: «فصل واختلفت الرواية في جواز قسمة الديون حال كونها في الذمة على روايتين، فنقل حرب جواز ذلك، وإنما تصح هذه الرواية إذا كانت الديون في ذمم جماعة وأقلها ذمتان ليتمكن أفراد كل واحد من المتقاسمين بدين إحدى الذمتين، فإما إن كانت في ذمة واحدة لم يصح قسمتها إذ كان معنى القسمة هو إفراز الحقوق مع التراضي، وهذا لا يتصور في ذمة واحدة... إلى أن قال: (فصل) ونقل حنبل منع قسمة الديون؛ لأنه لا يخلو إما أن تكون الديون في ذمة رجل واحد أو في ذمم جماعة، فإن كانت في ذمم جماعة لم تصح؛ لأن الذمم لا تتكافأ فلا تتعادل الحقوق عند قسمتها؛ لأنه قد تكون ذمة ملية وذمة خراب. وإن كان الحق في ذمة واحد لم يصح؛ لأن معنى القسمة إفراز الحقوق وتعديل الأنصباء وليس ههنا ما يشار إليه بإفراد وإفراز ولا تعديل فلهذا لم يصح. والأصح الأول؛ لأن اختلاف الذمم في أصلها ما منع صحة الحوالة وإلزام المحال مع عدم رضاه إذا كان المحال عليه ملياً».

وقد أشار ابن عقيل رحمته الله في معرض كلامه عن الرواية القائلة بالجواز إلى أنها إنما تصح إذا كانت الديون في ذمم متعددة فإما إن كانت في ذمة واحدة فلا تصح القسمة والحالة هذه.

فتعقبه العلامة ابن القيم رحمه الله وذكر أن في المذهب الحنبلي روايتين أيضاً في قسمة الدين في الذمة الواحدة، فقال: «وأما قول أبي الوفاء بن عقيل: لا تختلف الرواية عن أحمد في عدم جواز قسمة الدين في الذمة الواحدة، واختلفت الرواية عنه في جواز قسمته إذا كان في الذمتين، فعنه فيه روايتان.

(١) الورقة ١٦٦ مخطوط بدار الكتب المصرية رقم ١٣ فقه حنبلي.

فليس كذلك، بل عنه في كل من الصورتين روايتان، وليس في أصوله ما يمنع جواز القسمة، كما ليس في أصول الشريعة ما يمنعها<sup>(١)</sup>.

وقال أيضاً: «تجوز قسمة الدين المشترك بميراث أو عقد أو إتلاف، فينفرد كل من الشريكين بحصته، ويختص بما قبضه سواء كان في ذمة واحدة أو في ذمم متعددة فإن الحق لهما فيجوز أن يتفقا على قسمته أو على بقائه مشتركاً ولا محذور في ذلك... فإذا رضي كل من الشريكين أن يختص بما يخصه من الدين فينفرد هذا برجل يطالبه وهذا برجل يطالبه، أو ينفرد هذا بالمطالبة بحصته وهذا بالمطالبة بحصته لم يهدما بذلك قاعدة من قواعد الشريعة ولا استحلا ما حرم الله، ولا خالفا نص كتاب الله ولا سنة رسوله ولا قول صاحب ولا قياساً شهد له الشرع بالاعتبار وغاية ما يقدر عدم تكافؤ الذمم ووقوع التفاوت فيها وأن ما في الذمة لم يتعين فلا يمكن قسمته، وهذا لا يمنع تراضيهما بالقسمة مع التفاوت فإن الحق لا يعدوهما وعدم تعين ما في الذمة لا يمنع القسمة فإنه يتعين تقديراً، ويكفي في إمكان القسمة التعين بوجه، فهو معين تقديراً ويتعين بالقبض تحقيقاً»<sup>(٢)</sup>.

#### الفرع الرابع: رهن الدين:

أجاز الحنابلة بيع الدين لمن هو عليه، واختلفوا في رهنه عنده فهناك رواية تقول بالجواز وأخرى تقضي بالمنع.

وصورة رهن الدين عند من هو عليه أن يكون لشخص دين مستقر في ذمة شخص آخر ويكون لهذا الشخص الآخر حق على الدائن.

(١) إعلام الموقعين (١/٤).

(٢) إعلام الموقعين (١/٤).

فيرهن رب الدين المستقر عند مدينه الدين الذي عليه في الحق الذي له ،  
ويبدو أن سبب المنع عند القائلين به هو توقف لزوم الرهن على قبضه وإذا كان  
غير لازم تخلفت الغاية الأساسية منه ، وهي ضمان استيفاء حق الدائن عند  
تعذر دفعه إليه .

ورأي الحنابلة في هذه المسألة شبيه برأي الشافعية في رهن الدين ابتداءً إلا أن  
المذهب الشافعي أكثر حيوية بالنسبة لهذه المسألة ، إذ الشافعية يدعمون أقوالهم  
في حالتها الجواز والمنع بالتعليل العقلي . وتلك ظاهرة محمودة قد تحمل في طياتها  
بذور التطور ، بينما يقتصر طائفة من متأخري الحنابلة على الوقوف عند  
نصوص أسلافهم ، يستنبطون منها حكم هذه المسألة .

وقد تعارضت وجهات نظرهم في ترجيح إحدى الروايتين على الأخرى .  
فصاحب الإنصاف يرجح الرواية القاضية بالجواز مستدلاً بظاهر قول كثير  
من الأصحاب ، يجوز رهن ما يصح بيعه .  
وظاهر هذا النص جواز رهن الدين ، لأن الحنابلة يميزون بينه لمن هو في  
ذمته .

وشارح الإقناع يخالفه في هذا الاستظهار ويستدل بالنص القائل : «الرهن  
توثقة دين بعين» وظاهره المنع .

جاء في حاشية ابن قندس<sup>(١)</sup> : «قوله : ففي رهنه عند مدين بحق له روايتان ،  
المراد بالمدين الغريم في قوله : يصح بيع الدين المستقر من الغريم ، وهو الذي بيع  
الدين المستقر منه ؛ يصح ، فعلى قولنا : يجوز بيعه منه إذا كان له حق على رب

(١) حاشية ابن قندس على الفروع ، مخطوط بمكتبة الأزهر تحت رقم ٦٠ فقه حنبلي ، الورقة

الدين فـرهن رب الدين المستقر عند من الدين عليه ، الدين الذي عليه على دينه الذي له ، ففي صحته روايتان.

قال في الرعاية الكبرى في أثناء الرهن: لا يصح رهن دين بحال ، فظاهره المنع.

وقال في المنع: وما جاز بيعه جاز رهنه إلا الثمرة قبل بدو صلاحها ، فظاهره جواز رهنه ممن هو عليه ، لأنه يجوز بيعه منه».

وجاء في كشف القناع<sup>(١)</sup>: «ويجوز رهنه أي رهن الدين المستقر عنده أي عند من هو في ذمته بحق له ، أي لمن هو في ذمته. هذا في إحدى روايتين قال في الإنصاف: الأولى الجواز. وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب حيث قالوا: يجوز رهن ما يصح بيعه انتهى. قلت: بل يكاد يكون صريح كلامهم أن يكون بخلافه حيث قالوا: الرهن توثقة دين بعين. بل صرح المجد في شرحه بعدم صحته».

\*\*\*

#### المبحث الرابع

تمليك الدين لغير من هو عليه

في المذهب المالكي

الفرع الأول: بيع الدين لغير من هو عليه:

ذهب المالكية إلى جواز بيع الدين لغير من هو عليه ، ولكنهم وضعوا على الجواز بضعة قيود منها ما يرجع \_ فيما أرى \_ إلى حماية المشتري وذلك في اشتراطهم لصحة هذا البيع حضور المدين ؛ لأنه إذا كان غائباً لم تعرف حالته المالية من يسار أو إعسار.

وهذا يؤدي إلى الجهل بالقيمة الحقيقية للدين، لاختلافها باختلاف حال المدين.

ومنها: ما يعود إلى القدرة على التسليم وذلك في اشتراطهم إقرار المدين بالدين الذي عليه؛ لأنه إذا كان ثابتاً بيينة من شراء ما فيه خصومة وهي من معوقات التسليم.

ومنها: ما يراد به سد ذرائع الربا كاشتراطهم أن لا يكون المبيع طعاماً، وأن يكون الثمن من غير جنس المبيع، وكاشتراطهم تعجيل الثمن، لئلا يكون من بيع الدين بالدين.

ومنها: ما يقصد به حماية المدين وذلك في اشتراطهم أن لا يكون المشتري عدواً للمدين. وأن لا يقصد بالشراء إعناته وضرره.

فإذا توافرت هذه الشروط جاز عند المالكية بيع الدين لغير من هو عليه.

قال القرافي: «(فرع) في الجواهر الدين كالعين الحاضرة في جواز البيع بشرط قبض البدل في المجلس، ويشترط في بيعه من غير من هو عليه إقراره بالدين، وحضوره نقياً للغرر»<sup>(١)</sup>.

وقال التّسولي: «وإنما يجوز بيع الدين لغير من هو عليه بشروط أشار:

لأولها وثانيها: بقوله: (مع حضور من أقر بالدين) أي مع حضور المدين وإقراره، فلا يجوز مع غيبة المدين ولا مع إنكاره، لأنه مع الغيبة لا يدري حاله من فقر أو غنى، والثمن يختلف باختلاف حاله فيؤدي للجهل قاله المازري وغيره وعن أبي القاسم في سماع موسى بن معاوية جواز شراء الدين على

(١) الذخيرة (٤/٤٢).



الغائب وبه قال أصبغ في نوازله ورواه أبو زيد عن مالك وبه العمل في مسألة قلب الرهن كما يأتي.

وأما اشتراط الإقرار فلأنه إن كان ثابتاً بينة من شراء ما فيه خصومه وهو ممنوع على المشهور وهو معنى قول خليل: ومنع دين ميت وغائب ولو قربت غيبته وحاضر إلا أن يقر الخ.

ولثالثها بقوله: (وتعجيل الثمن) لأنه إذا لم يعجل في الحين كان من بيع الدين بالدين.

ولا فرق بين أن يعجل حقيقة أو حكماً كييعه بمنافع عين أو بمعين يتأخر قبضه إذ لا يمتنع ذلك في بيع الدين بخلاف فسخه.

ولرابعها بقوله: (و)مع (كونه ليس طعام بيع) وإلا لم يجز لما تقدم من منع بيع طعام المعاوضة قبل قبضه.

ولخامسها بقوله: (وبيعه بغير جنس مرعى) لأنه إذا بيع بجنسه كان سلفاً بزيادة لأن شأن الدين أن يباع بأقل... وبقي على الناظم شرط سادس وهو: أن لا يكون المشتري عدواً للمدين، وسابع وهو: ألا يقصد بالشراء إعناته وضرره وإلا رد بيعه»<sup>(١)</sup>.

ويرى بعض الباحثين أن شروط بيع الدين لغير من هو عليه في المذهب المالكي. ترجع إلى شرطين اثنين هما:

- (١) أن لا يؤدي البيع إلى محذور شرعي.
- (٢) أن يغلب على الظن الحصول على الدين.

(١) البهجة شرح التحفة (٢/٤٨، ٤٧).

يقول الأستاذ الحسيني عبد الغفار: (فإذا كان مشتريه (الدين) غير من عليه الدين فإنه لا يجوز إلا إذا توافر فيه عدد من الشروط وصل إلى تسعة أشرط وإن كان يمكن القول أن هذه الشروط جميعها مهما كان عددها تؤول إلى شرطين اثنين هما:

(١) أن لا يؤدي البيع إلى محذور شرعي:

ولا شك أن هذا الشرط يتضمن أن لا يؤدي البيع إلى الغرر، وقد تبين لك من النصوص أن مما ينتفى به الغرر في البيع كون المعقود عليه فيه مقدور التسليم وكان من مقتضى ذلك أن لا يصح بيع الدين لغير من هو عليه عند المالكية أيضاً، كما هو رأي الحنفية؛ لأن الدين سيظل غير مقدور التسليم أبداً إذ الدين وصف يتعلق بالذمة وحدها دون سواها، ولا يمكن تصور تسليمه، ولكن يبدو أنه لما كان من شروط بيع الدين عند المالكية ما يؤول إلى الشرط الثاني وهو:

(٢) أن يغلب على الظن الحصول على المال:

كان ذلك كافياً في صحة بيعه تيسيراً للتعامل على اعتبار أن الشروط التي تؤول إلى هذا الشرط الثاني ترجح كلها غلبة الظن بحصول المشتري على المال من المدين وفاء بدينه عند حلول أجله، مما يخفف خطورة الغرر، فحتى لا تتعطل مصالح الناس كان القول بجواز بيعه عند توافر تلك الشروط<sup>(١)</sup>.

**الضرع الثاني: الصلح عن الدين مع غير من هو عليه:**

يتوقف جواز الصلح عن الدين مع غير من هو في ذمته عند المالكية على جواز بيعه منه؛ لأن الصلح على عوض يعطى حكم البيع سواء كان في عين أو

(١) الحوالة في الفقه الإسلامي ص ٢٣٨، وانظر: مجلة الأزهر شوال عام ١٣٧٥ هـ ص ١١٢٠

دين ، وقد ذكرنا فيما سبق أن المالكية يجيزون بيع الدين لغير من هو عليه لكنهم ضيقوا من نطاق هذا الجواز بما وضعوه عليه من قيود يعود بعضها إلى خشية الوقوع في الربا ويعود البعض الآخر إلى ضمان القدرة على التسليم أو إلى حماية الدائن أو المدين.

وعلى هذا فلا بد لجواز الصلح عن الدين مع غير من هو عليه من مراعاة شروط جواز بيعه منه وعدم الإخلال بأي منها.

قال في الشرح الكبير<sup>(١)</sup> : « وإن كان فيها أي في التركة دين للميت على غريم له فكبيعه أي الدين يجوز حيث يمتنع حيث يمتنع فيمتنع صلحها بدنانير أو دراهم من عند العاصب نقداً إن كان الدين دنانير أو دراهم فإن كان الدين حيواناً أو عرضاً من بيع أو قرض أو كان طعاماً من قرض فصالحها الولد من ذلك على دنانير أو دراهم عجلها لها من عنده جاز إذا كان الغرماء حضوراً مقرين وهم ممن تأخذهم الأحكام وهذا يجري في جميع صور المصالحة من غيرها».

وجاء في حاشية الدسوقي عليه : «(قوله فكبيعه) أي فالصلح حينئذ مماثل لبيع الدين في جواز وعدمه. وقوله يجوز: أي الصلح. وقوله: حيث يجوز أي بيع الدين. وذلك حيث لم يكن الدين عيناً ولا طعاماً من بيع بأن كان حيواناً أو عرضاً أو طعاماً من قرض. وكان المدين حاضرًا مقرًا تأخذه الأحكام. وقوله: ويمتنع. أي الصلح حيث يمتنع بيع الدين بأن كان الدين عيناً أو طعاماً من بيع أو لم يحضر المدين أو حضر ولم يقر أو لم تأخذه الأحكام».

(١) (٣/٣١٦). وانظر: شرح الخرشي على مختصر خليل (٦/٧).

## الضرع الثالث: قسمة الدين:

إذا كان الدين في ذمة واحدة جازت قسمة بين الشركاء ولو مع غيبة الغريم؛ لانتفاء الغرر.

وإن كان في ذمم متعددة لم يكن لأحد الدائنين أن ينفرد بدين إحدى الذمم في مقابل انفراد شريكه بدين الذمة الأخرى؛ لما في ذلك من بيع الدين بالدين. قال القرافي: «(فرع) في النوادر عن ابن حبيب يجوز قسم الدين إذا كان على رجل واحد حضر الغريم أم لا كما يجوز بيعه»<sup>(١)</sup>.

وجاء في الشرح الكبير<sup>(٢)</sup>: «وأما أخذ كل واحد ديناً على رجل غير الآخر فلا يجوز، لما فيه من ذمة بذمة وهو لا يجوز. فإن كان الدين على رجل واحد يأخذ كل منهما منه ما يخصه جاز».

وجاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير تعليقاً على ما تقدم: (قوله: لما فيه من ذمة) أي من بيع ما في ذمة بما في ذمة أخرى، وهو لا يجوز للنهي عن بيع الدين بالدين).

## الضرع الرابع: رهن الدين:

أجاز المالكية رهن الدين لغير من هو عليه بشروط منها: أن يدفع الراهن وثيقة الدين إلى المرتهن، وأن يجمع بينه وبين المدين، وأن يشهد على الرهن. وهذه الشروط كفيلة بتخفيف حدة الغرر وجعل الحصول على الدين المرهون في مقدور المرتهن.

على أن من المالكية من يرى أن دفع وثيقة الدين إلى المرتهن والجمع بينه وبين من عليه الدين شرط كمال.

(١) الذخيرة (٨٩/٥).

(٢) (٥٠٣/٣).

قال القرافي: «ولا يشترط أن يكون عينًا فيصبح رهن الدين ممن هو عليه أو من غيره»<sup>(١)</sup>.

وجاء في الشرح الكبير<sup>(٢)</sup>: «الرهن بذل أي إعطاء من له البيع صحة ولزومًا ما يباع من كل طاهر منتفع به مقدور على تسليمه معلوم غير منهي عنه ودخل فيه رهن الدين فيجوز من المدين وغيره».

وجاء في حاشية الدسوقي تعليقا على ذلك: «(قوله: فيجوز من المدين وغيره) أي يجوز رهنه للمدين ولغيره. فمن بمعنى اللام. فالأول: كما لو كان لي درهم دينًا على زيد وله على طعام أو عرض دينًا فأجعل الدين الذي عليّ رهناً في الدين الذي عليه. والثاني كما لو كان لي دين على زيد وزيد له دين على عمر فيرهنني زيد دينه الذي على عمر في ديني الذي عليه بأن يدفع لي وثيقة الدين الذي له على عمرو حتى يقضي ديني»<sup>(٣)</sup>.

\* \* \* \* \*

(١) الذخيرة (١٨٧/٥).

(٢) (٢٣١/٣).

(٣) انظر أيضًا: الشرح الكبير للدردير جزء (٩٩/٤) وحاشية الدسوقي عليه.

## الفصل الرابع عدم استقرار الملك

اتفق الفقهاء على أن العقد يفسخ بهلاك المعقود عليه قبل قبضه، لأن مبنى عقود المعاوضات كالبيع والإجارة ونحوهما على المعادلة والمساواة بين المتعاقدين، فإذا تعذر على البائع مثلاً تنفيذ التزامه سقط التزام المشتري، لفوات المعادلة عند قيامه، ولأن أخذ أحد العوضين مع تعذر تسليم العوض الآخر يعتبر نوعاً من أكل المال بالباطل وهو محرم بحكم الشرع.

وعلى هذا فيمكن القول بعدم توافر القدرة على تسليم المعقود عليه قبل قبضه ودخوله في ضمان المشتري، واستقرار ملكه عليه؛ لأن العقد في هذه المرحلة عرضة للانفساخ وانقلاب الملك إلى باذله وتحمل البائع الأول تبعه الهلاك بل يرى ابن تيمية أن علة النهي عن البيع قبل القبض هي عجز المشتري عن تسليم المبيع؛ لأنه ليس على ثقة من تسليم البائع له فقد يجحده أو يحتال في فسخ البيع، لاسيما إذا عرف أنه قد ربح فيما اشتراه منه<sup>(١)</sup>.

وقد أجمع الفقهاء على منع بيع الطعام قبل قبضه - غير أن بيعه قبل القبض يعتبر من أصول الربا في المذهب المالكي<sup>(٢)</sup>.

واختلفوا في غير الطعام فأجازته المالكية ومنعه الأئمة الثلاثة وسنعرض فيما يلي لبيان وجهة نظر كل مذهب من المذاهب الثلاثة على حدة.

\*\*\*

(١) انظر: اختيارات ابن تيمية ضمن الجزء الرابع من الفتاوى الكبرى ص ٧٥.

(٢) انظر: بداية المجتهد لابن رشد (١٤٢/٢).

## المبحث الأول

### التصرف في الأعيان المباعة قبل قبضها

الفرع الأول، المذهب الحنفي،

ذهب الحنفية إلى عدم جواز التصرف قبل القبض في الأعواض المملوكة بالعقود التي تنفسخ بهلاك أعواضها قبل قبضها، كالمبيع والأجرة وبدل الصلح إذا كان منقولاً معيناً.

أما الأعواض المملوكة بالعقود التي لا تنفسخ بالهلاك قبل القبض كالمهر، وبدل الخلع، وبدل العتق، وبدل الصلح عن دم العمدة، فيجوز التصرف فيها قبل القبض.

جاء في مجمع الأنهر<sup>(١)</sup>: (والأصل أن كل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل القبض فالتصرف فيه غير جائز وما لا فجائز كما في البحر).

وعلى هذا فلا يصح بيع المنقول قبل قبضه لا من بئعه ولا من غيره. ولا يجوز إشراكه وتوليته، لأن التولية والإشراك بيع.

ولا تجوز إجارته ولا الصلح عليه، لعدم جواز بيعه.

ويصح رهن المنقول قبل قبضه عند محمد إذا أمر الراهن المرتهن بقبضه من البائع فقبضه، لأنه يكون بمنزلة الوكيل له فيقبضه عنه أولاً بطريق النيابة، ثم يصير قابضاً لنفسه.

وذهب أبو يوسف رحمه الله إلى عدم جواز ذلك، لأن مبنى جواز الرهن عنده على الملك المطلق، وهو ملك الرقبة واليد معاً، حيث يتوافر الأمن من غرر انفساخ العقد بهلاك المعقود عليه.

وأمن غرر الانفساخ هنا غير متوافر فلا يجوز الرهن.  
أما العقار فيجوز بيعه قبل قبضه عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً لثباته  
وعدم توهم هلاكه فإن تُصور هلاكه قبل القبض لم يجوز بيعه إلا بعد ذلك.  
ومقتضى القياس - وقد أخذ به محمد وزفر - عدم جواز بيع العقار قبل قبضه  
أيضاً، لعموم النهي، ولأن من شروط صحة العقد القدرة على القبض، ولا  
تحصل القدرة عليه إلا بتسليم الثمن وفيه غرر<sup>(١)</sup>.

#### الفرع الثاني: المذهب الشافعي:

وذهب الشافعية إلى عدم جواز بيع الأعيان المملوكة بالبيع والإجارة  
ونحوهما من المعاوضات قبل القبض عقاراً كانت أو منقولاً سواءً أذن البائع  
بذلك أو لم يأذن وسواءً كان البيع المذكور قبل أداء الثمن أو بعده واحتجوا  
بحديث حكيم بن حزام قال: يا رسول الله أني أبيع بيوعاً كثيرة فما يحل لي منها  
مما يحرم؟ قال: (لا تبع ما لم يقبضه)<sup>(٢)</sup>.

وبأن ملكية الأعيان سالفة الذكر غير مستقرة لتوقف استقرار الملك على  
القبض، بحكم أن العقد يفسخ بالهلاك قبله.  
أما الأعيان المستقرة كالعائدة إلى البائع بفسخ عقد، والمملوكة بغير معاوضة  
من ميراث أو وصية فيجوز التصرف فيها قبل القبض.

جاء في المذهب<sup>(٣)</sup>: «لا يجوز بيع ما لم يستقر ملكه عليه كبيع الأعيان  
المملوكة بالبيع والإجارة والصداق وما أشبههما من المعاوضات قبل القبض لما

(١) انظر: : بدائع الصنائع (١٨٠/٥).

(٢) السنن الكبرى للبيهقي (٣١٣/٥)، سنن الدارقطني (٩/٣)، وروى بلفظ: لا تبع ما ليس

عندك في السنن وغيرها.

(٣) (٢٦٢/١).



روى حكيم بن حزام قال: يا رسول الله إنى أبيع بيوعاً كثيرة فما يحل لي منها مما يحرم؟ قال: (لا تبع ما لم تقبضه...) فأما ما ملكه بغير معاوضة كالميراث والوصية أو عاد إليه بفسخ عقد فإنه يجوز بيعه قبل القبض، لأن ملكه عليه مستقر فجاز التصرف فيه كالبيع بعد القبض».

وجاء في المجموع<sup>(١)</sup>: «مذهبنا: أنه لا يجوز بيع المبيع قبل قبضه عقاراً كان أو منقولاً بإذن البائع ولا بغير إذنه لا قبل أداء الثمن ولا بعده».

وكما لا يجوز بيع المبيع قبل قبضه لا يجوز أيضاً جعله أجره ولا عوض صلح ولا رأس مال سلم، ولا التولية فيه ولا الاشتراك وفي جوازهما وجه ضعيف<sup>(٢)</sup>.

وللشافعية في كل من إجارة المبيع ورهنه قبل القبض وجهان أحدهما عدم الجواز<sup>(٣)</sup>.

#### الفرع الثالث: المذهب الحنبلي:

تعددت الروايات في مذهب أحمد - بالنسبة لمنع التصرف في المبيع قبل قبضه -.

فروى أنه مختص بالملك والموزون.

وروى أنه مختص بالمبيع غير المعين كقفيز من صبرة.

وروى أنه مختص بالمطعم<sup>(٤)</sup>.

(١) (٢٦٤/٩).

(٢) انظر: المجموع للنووي (٢٦٥/٩).

(٣) انظر: المجموع للنووي (٢٦٥/٩).

(٤) انظر: الإنصاف (١٤٤/٥).

وقد استقر المذهب الحنبلي على عدم جواز التصرف قبل القبض فيما يتعلق به حق توفية كالمكيل ونحوه إذا بيع كَيْلاً والمبيع بصفة أو رؤية متقدمة. سواء كان موضوع التصرف مما يفسخ العقد بهلاكه قبل قبضه كالمبيع والأعراض المعينة في الإجارة والصلح المشابه للبيع والهبة، أو كان مما لا يفسخ العقد بهلاكه قبل القبض كعوض الصلح عن دم العمد وأرش الجناية وقيمة المتلف والمهر وعوض الخلع والطلاق والعتق.

جاء في شرح المنتهى<sup>(١)</sup>: «وحكم كل عوض ملك بعقد موصوف بأنه يفسخ بهلاكه أي العوض قبل قبضه كأجرة معينة في إجارة وعوض معين في صلح بمعنى بيع وتقدم ونحوهما كعوض معين شرط في هبة حكم عوض في بيع في جواز التصرف إن لم يحتاج لحق توفية ولم يكن بصفة أو رؤية متقدمة وفي منعه أي التصرف فيما يحتاج لحق توفية أو كان بصفة أو رؤية متقدمة وكذا حكم ما أي عوض لا يفسخ عقده بهلاكه قبل قبضه كعوض خلع وعتق وكمهر ومصالح به عن دم عمد وأرش جنابة وقيمة متلف ونحوه كعوض طلاق في جواز التصرف فيه قبل قبضه ومنعه إلحاقاً له بعقد البيع».

أما ما عدا ذلك فيصح التصرف فيه قبل قبضه لحديث ابن عمر رضي الله عنهما، قال: كنا نبيع الإبل بالبقيع بالدرهم فنأخذ عنها الدينار وبالعكس فسألنا رسول الله ﷺ فقال: (لا بأس أن تؤخذ بسعر يومها ما لم تتفرقا وبينكما شيء)<sup>(٢)</sup>. رواه الخمسة.

(١) (١٨٩/٢).

(٢) مسند أحمد (٣٣/٢)؛ سنن أبي داود (٣٣٥٤)، سنن الترمذي (١٢٤٢)، سنن النسائي (٨١/٧)، سنن ابن ماجه (٢٢٦٢). وصححه الحاكم (٤٤/٢).

وعلى هذا فلا يجوز بيع المكيل ونحوه قبل القبض لقوله عليه السلام: من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه، ولعدم خروجه من ضمان البائع<sup>(١)</sup>. وبهذا قال عثمان بن عفان وسعيد بن المسيب والحسن والحكم وحماد والأوزاعي وإسحق<sup>(٢)</sup>.

فإن بيع المكيل ونحوه جزافاً صح التصرف فيه قبل قبضه. لقول ابن عمر رضي الله عنهما: (مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حياً مجموعاً فهو من مال المشتري).

وكما لا يجوز بيع المكيل ونحوه قبل القبض لا تصح الحوالة عليه ولا إجارته في الصحيح من المذهب، وهناك قول بصحة الإجارة من البائع قبل القبض، واختاره العلامة ابن تيمية.

وفي رهنه قبل قبضه ثلاثة أقوال:

أحدهما: المنع واختاره القاضي أبو يعلى وابن عقيل.

والثاني: جواز رهنه بعد قبض ثمنه لا قبله وهذا القول لأبو يعلى وابن عقيل أيضاً.

والثالث: الجواز مطلقاً وصححه ابن حمدان واختاره ابن تيمية وابن قاضي الجبل.

جاء في الإنصاف للمرداوي<sup>(٣)</sup>: «وأما المكيل والموزون وما يلحق بهما من المعدود والمذروع قبل قبضه فذكر القاضي جواز رهنه وحكاه هو وابن عقيل عن الأصحاب قاله في القاعدة الثانية والخمسين.

(١) انظر: : شرح المنتهى (١٨٨/٢).

(٢) انظر: : المجموع للنووي (٢٧٠/٩).

(٣) (١٤٣/٥).

واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله. قال في الرعاية الكبرى والفائق يصح في أصح الوجهين.

وقدمه في النظم والرعاية الصغرى والحاوي الصغير وجعلها كغير المكيل والموزون وهو ظاهر كلامه في الهداية والمذهب والخلاصة وغيرهم لأنهم أطلقوا وقال في الشرح: ويحتمل أن لا يصح رهنه.

قلت: وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب وهو ظاهر كلام المصنف هنا واختاره القاضي في المجرى وابن عقيل وجزم به في الحاوي الكبير في أحكام القبض وقال في التلخيص: ذكر القاضي وابن عقيل في موضع آخر إن كان الثمن قد قبض صح رهنه وإلا فلا...».

\* \* \*

المبحث الثاني

استبدال الديون

أو

بيعها ممن هي عليه قبل قبضها

الضرع الأول: المذهب الحنفي؛

يشترط لصحة عقد السلم قبض رأس ماله في مجلس العقد فلا يجوز بيعه قبل قبضه، لما يترتب على ذلك من فوات هذا الشرط.

واختلف في بيعه بعد الإقالة وقبل القبض.

فمقتضى الاستحسان منعه لعموم النهي.

ومقتضى القياس - وقد أخذ به زفر - جوازه؛ لأن الإقالة فسخ يرتفع بها

العقد كأن لم يكن فيعود رأس مال السلم - من حيث جواز استبداله - إلى ما

كان عليه قبل ذلك<sup>(١)</sup>.

(١) انظر: بدائع الصنائع (٥/١٨١).

ولا يجوز استحساناً - أن يستبدل رأس مال السلم إذا انفسخ عقده بعد صحته لأمر طارئ كما لو أسلم ذمي إلى آخر عشرين ديناراً في خمير، ثم اعتنقا الإسلام أو اعتنقه أحدهما قبل قبض المسلم فيه<sup>(١)</sup>.

ولا يجوز بيع بدل الصرف قبل القبض حال بقاء العقد.

ويجوز استبداله بعد الإقالة، لأنها فسخ يرتفع بها العقد كما سبق القول والقياس جواز البيع بعدها في الصرف ورأس مال السلم معاً.

غير أن التحريم - بالنسبة لاستبدال رأس مال السلم - قد ثبت بالنص.

فبقي بدل الصرف بعد الإقالة على الأصل وهو الجواز.

ولا يجوز استبدال الثياب الموصوفة في الذمة المؤجلة الثابتة بغير طريق السلم سواء كانت ثمن مبيع أو عوض إجارة أو صلح كما لو باع شخص كتاباً بثوب موصوف في الذمة مؤجل أو أجر منزله بذلك أو ادعى عيناً في يد رجل فصالحه من دعواه على ما سبق.

أما الديون التي يجوز بيعها قبل القبض ممن هي عليه فتحو القرض - في ظاهر الرواية - وثن المبيع وضمن الغصب والاستهلاك ورأس مال السلم الفاسد من الأصل؛ لأن السلم الفاسد من الأصل لا يأخذ حكم السلم، فيكون رأس ماله كسائر الديون التي يجوز بيعها ممن هي عليه قبل القبض، وعله جوازها أن العقد لا ينفسخ بهلاكها<sup>(٢)</sup>.

#### الفرع الثاني: المذهب الشافعي؛

يرتبط جواز بيع الدين قبل قبضه ممن هو في ذمته باستقرار ملكية بائعه عليه فالدين المستقر كغرامة المتلف وبدل القرض يجوز بيعه ممن هو عليه قبل القبض كالمبيع بعد قبضه.

(١) انظر: بدائع الصنائع (٥/١٨٢).

(٢) انظر: : البدائع (٥/١٨٢)، وفتح القدير (٥/٢٦٩، ٢٧٠).

أما الدين الذي لم يستقر عليه الملك كالمسلم فيه فلا يجوز بيعه قبل قبضه، لاحتمال تعذر تسليمه وانفساخ العقد فيه تبعاً لذلك.

وللشافعية في بيع دين الكتابة قبل قبضه طريقان:  
أحدهما: أنه على قولين.

والثاني: أنه لا يصح قولاً واحداً، لأن الملك غير مستقر عليه كالمسلم فيه. وفي بيع الثمن قبل قبضه قولان أيضاً:

أحدهما: الجواز؛ لأن العقد لا يفسخ بهلاكه.

والثاني: أنه لا يجوز؛ لعدم استقرار الملك عليه، واحتمال انفساخ البيع فيه، إما بتلف المبيع أو برده بالعيب.

جاء في المهذب<sup>(١)</sup>: «وأما الديون فينظر فيها فإن كان الملك عليها مستقراً كغرامة المتلف وبدل القرض جاز بيعه ممن عليه قبل القبض؛ لأن ملكه مستقر عليه فجاز بيعه كالمبيع بعد القبض... وإن كان الدين غير مستقر نظرت فإن كان مسلماً فيه لم يجوز بيعه لما روى أن ابن عباس رضي الله عنه سئل عن رجل أسلف في حلل دقاق فلم يجد تلك الحلل فقال: آخذ منك مقام كل حلة من الدقاق حلتين من الجل فكرهه ابن عباس وقال: خذ برأس المال علفاً أو غنماً، ولأن الملك في المسلم فيه غير مستقر لأنه ربما تعذر فانفسخ البيع فيه فلم يجوز بيعه كالمبيع قبل القبض. وإن كان ثمناً في بيع ففيه قولان. قال في الصرف: يجوز بيعه قبل القبض لما روى ابن عمر قال: كنت أبيع الإبل بالبقيع بالدنانير فأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم فأخذ الدنانير فقال رسول الله ﷺ: (لا بأس ما لم

تتفرقا وبينكما شيء)، ولأنه لا يخشى انفساخ العقد فيه بالهلاك فصار كالمبيع بعد القبض.

وروى المزني في جامعه الكبير أنه لا يجوز؛ لأن ملكه غير مستقر عليه لأنه قد يفسخ البيع فيه بتلف المبيع أو بالرد بالعيب فلم يجز بيعه كالمبيع قبل القبض.

وفي بيع نجوم المكاتب قبل القبض طريقتان:

أحدهما: أنه على قولين بناءً على القولين في بيع رقبته.

والثاني: أنه لا يصح ذلك قولاً واحداً، وهو المنصوص في المختصر؛ لأنه يملكه ملكاً مستقراً فلم يصح بيعه كالمسلم فيه.

**الفرع الثالث: المذهب الحنبلي؛**

لا يصح التصرف قبل القبض في بدل الصرف. ورأس مال السلم، لعدم تمام الملك عليه، ولأن قبضه في مجلس العقد شرط لصحته.

ولا يصح بيع رأس مال السلم بعد فسخ عقد، وقبل قبضه؛ لأنه مضمون على المسلم إليه. وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن ربح ما لم يضمن.

ولا يصح بيع الديون غير المستقرة كالمسلم فيه ودين الكتابة والأجرة قبل استيفاء نفعها.

أما الديون المستقرة كالثمن والقرض والأجرة بعد استيفاء نفعها والجعل بعد العمل وقيمة المتلف وأرش الجناية والمهر بعد الدخول وعوض الخلع فيصح بيعها لمن هي عليه فقط.

لكن يجب التحرز من ربا النسئة، ومن بيع الدين بالدين.

وعلى هذا فلا يصح بيعها بثمن مؤجل لا تباع به نسئة كالذهب بالفضة،

ولا بموصوف بالذمة. بل لا بد من قبض أعواضها قبل التفرق.

جاء في شرح المنتهى<sup>(١)</sup>: «ولا يصح اعتياض عنه أي المسلم فيه ولا يصح بيعه أو بيع رأس ماله الموجود بعد فسخ عقد وقبل قبض رأس ماله ولو كان البيع لمن هو عليه ولا حوالة به ولا حوالة عليه لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام قبل قبضه، وعن ربح ما لم يضمن، وحديث من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره ولأنه لم يدخل في ضمانه أشبه المكيل قبل قبضه وأيضاً فرأس مال السلم بعد فسخه وقبل قبضه مضمون على المسلم إليه بعقد السلم أشبه المسلم فيه...»

ويصح بيع دين مستقر من ثمن وقرض ومهر بعد دخول.. وأجرة استوفى نفعها وأرش جناية وقيمة متلف ونحوه كجعل بعد عمل وعوض ونحو خلع لمدين فقط بشرط قبض عوضه قبل تفرق لخبر ابن عمر وتقدم. دل على جواز بيع ما في الذمة من أحد النقدين بالآخر وقيس عليه غيره. فإن لم يقبض عوضه بالمجلس لم يصح إن بيع الدين بما لا يباع به نسيئه كذهب بفضة وبر بشعير لما تقدم، أو بيع الدين بموصوف في ذمة ولم يقبض بالمجلس لم يصح لأنه بيع دين بدين، فإن بيع مكيل بموزون معين وعكسه صح، وإن لم يقبض عوضه بالمجلس.. ولا بيع دين غير مستقر كدين كتابة ونحوه كأجرة قبل استيفاء نفعها لأن ملكه فيه غير تام».

\*\*\*\*\*



## الباب الثاني عدم القدرة على التسليم في التبرعات

وفيه فصلان:

الفصل الأول: الهبة.

الفصل الثاني: الوصية.



## الفصل الأول

### الهبة

#### المبحث الأول

##### هبة الأعيان التي لا يقدر على تسليمها

قبض الهبة شرط لجوازها عند الحنفية فلا يجوز هبة الآبق ونحوه لفوات هذا الشرط.

أما هبة الأب لطفله فتتم بالعقد، لأن قبض الأب ينوب عن قبض الصغير بحكم ولايته عليه ولا حاجة لتجديد القبض لكن يلزم الإشهاد على الهبة تحرزاً من جحود الورثة بعد موته.

وكذلك الأم تتم هبتها لطفلها بمجرد العقد أيضاً لما لها من ولاية الحفظ عليه إذا كان في حجرها وغاب الأب غيبة منقطعة أو مات ولم يكن له وصي وعلى هذا يجوز للأب أن يهب عبده الآبق من ابنه الصغير، سواءً كان الموهوب في يده أو في يد مودعه كما يجوز ذلك للأم أيضاً بالشرط السابق.

وقد فرق الكرايسي بين جواز الهبة وعدم جواز البيع بأن البيع يقتضي ضمان التسليم بخلاف الهبة فهي عقد تبرع لا يوجب ذلك. حيث قال: «(فصل): وإذا باع عبداً آبقاً له من ابنه الصغير لم يجوز ولو وهب له جاز، والفرق بينهما: أن البيع يوجب ضمان التسليم ولا يقدر على تسليم الآبق فلم يجوز إيجاب التسليم عليه فصار بيعاً لا يوجب ضمان التسليم فكان باطلاً، وليس كذلك الهبة، لأن الهبة لا توجب ضمان التسليم، لأن العقد عقد تبرع فاستحال أن يوجب ضماناً وإنما يوجب نقل اليد وقد نقل حكم يده إليه فصار كما لو كان حاضراً»<sup>(١)</sup>.

(١) الفروق للكرايسي (١/٣٦٠) وزارة الأوقاف. الكويت.

ولا بد لقيام قبض الولي مقام قبض الصغير أن يكون الموهوب في يد الولي حقيقة أو حكماً. فإن لم يكن فيها - كما لو كان مغصوباً في يد الغاصب - لم تتم الهبة بمجرد العقد<sup>(١)</sup>.

ويرى الشافعية والحنابلة أن الهبة تنعقد بالإيجاب والقبول وتلزم بالقبض؛ لما روى مالك عن عائشة رضي الله عنها: أن أبا بكر رضي الله عنه نحلها جذاذ عشرين وسقاً من ماله بالعالية فلما مرض قال: يا بنية، كنت نخلتك جذاذ عشرين وسقاً ولو كنت حزتيه أو قبضتيه كان لك فإنما هو اليوم مال وارث فاقسموه على كتاب الله تعالى.

وروى ابن عيينة عن عمر نحوه ولم يعرف لهما في الصحابة مخالف<sup>(٢)</sup>. ومع هذا فلا يجوز هبة الآبق ونحوه في هذين المذهبين، لعدم القدرة على تسليمه ومجافاته لمقتضى عقد الهبة وهو تملك المال في الحياة. وعدم تأمله للقبض.

وهناك قاعدة تقضي بعدم جواز هبة ما لا يجوز بيعه. وقد مر بنا أن الشافعية والحنابلة لا يجيزون بيع الآبق فلا يجوز هبته أيضاً وفي المذهب الحنبلي قول بصحة هبة ما لا يقدر على تسليمه. ومما تجدر الإشارة إليه أن صاحب الفروع - من الحنابلة - وجّه جواز هبة المعدوم على القول بجواز هبة ما لا يقدر على تسليمه.

وسنرى في نصوص الحنابلة التي سنعرضها في بحث الوصية أن طائفة منهم تستدل على صحة الوصية بما لا يقدر على تسليمه بصحة الوصية بالمعدوم،

(١) انظر: مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٢/٣٥٧).

(٢) انظر: شرح المنتهى (٢/٥٢٠)، والروض المربع مع حاشيته (٢/٤٨٩)، المهذب للشيرازي

لأن الآبق ونحوه يشبه المعدوم من حيث عجز الواهب والموصي عن تسليمه. ويفضل عليه بصفة الوجود.

وما دام الأمر كذلك فالأوجه أن يستدل على جواز ما لا يقدر على تسليمه بالمعدوم.

واختلفوا في هبة المبيع قبل قبضه فذهب محمد بن الحسن إلى صحة هبة المنقول قبل القبض من غير البائع وخالفه في ذلك أبو يوسف<sup>(١)</sup>.

وللشافعية في هذه المسألة وجهان، وقيل قولان، أصحهما: عدم الجواز<sup>(٢)</sup>. ولا تصح هبة المبيع قبل قبضه عند الحنابلة<sup>(٣)</sup>.

وذهب المالكية إلى جواز هبة كل مملوك للواهب فتصح هبة الآبق ونحوه كما تصح هبة المغصوب إن قبضه الموهوب له قبل موت الواهب<sup>(٤)</sup>.

\* \* \*

### المبحث الثاني

#### هبة الدين لغير من هو عليه

##### الفرع الأول: المذهب الحنفي؛

استثنى الحنفيّة الهبة المأذون بقبضها من أصل منع تملك الدين لغير من هو في ذمته.

وقالوا إن القياس - وقد أخذ به زفر - يأبى جواز هبة ما في ذمة شخص لآخر ولو سلطه على قبضه لتوقف تمام الهبة على قبضها وعدم تصور قبض ما في ذمة الغير.

(١) انظر: مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٢/٣٥٧)، (٢/٧٩).

(٢) انظر: المهذب (١/٤٤٦)، مغني المحتاج (٢/٣٩٩).

(٣) انظر: الإنصاف (٧/١٣٣)، كشف القناع (٤/٢٤٧)، شرح المنتهى (٢/٥١٨).

(٤) انظر: المدونة الكبرى (١٥/١٢٢)، القوانين الفقهية ص ١٣٥.

ولكنها تجوز استحساناً، لأن ما في الذمة مقدور التسليم والقبض غير أن قبضه يحصل بقبض بدله، فإذا قبض البديل قام قبضه مقام قبض عين ما في الذمة.

ويمكن القول إن أصحاب القياس والاستحسان قد نظروا إلى الدين من جوانب مختلفة فتعارضت وجهات نظرهم في إمكان وعدم إمكان قبضه. إذ الدين حال تعلقه بالذمة لا يتصور قبضه.

أما باعتبار المآل فلا شك أنه مقدور التسليم، وإلا لما أجبر المدين على تسديد ما عليه.

إلا أن القائلين بالاستحسان لا يكتفون لجواز هبة الدين من غير من هو عليه بالقدرة على تسليمه بهذا المعنى بل يتطلبون لجوازها أن يأذن الواهب للموهوب له إذناً صريحاً بالقبض.

ومقتضى هذا الإذن أن يقبضه للواهب أولاً بصفته وكياً عنه فيصير عيناً مملوكة للواهب، ثم يقبض المتهب تلك العين لنفسه قبض تملك بحكم الهبة. وعلى هذا نستطيع أن نقول: إن الهبة مع التوكيل بالقبض لا تعدو أن تكون وسيلة لتملك الدين بعد أن يصير عيناً، لأن الموهوب له لا يملك الدين حال كونه في ذمة الغريم، بل يملكه بعد صيرورته عيناً.

قال الكاساني: «وأما هبة الدين لغير من عليه فجاز أيضاً إذا أذن له بالقبض وقبضه استحساناً والقياس ألا يجوز، وإن أذن له بالقبض، وجه القياس: أن القبض شرط جواز الهبة، وما في الذمة لا يحتمل القبض بخلاف ما إذا وهب لمن عليه لأن الدين في ذمته وذمته في قبضه فكان الدين في قبضه بواسطة قبض الذمة.

(وجه) الاستحسان: أن ما في الذمة مقدور التسليم والقبض، ألا ترى أن المديون يجبر على تسليمه إلا إن قبضه بقبض العين، فإذا قبض العين قام قبضها مقام قبض عين ما في الذمة، إلا أنه لا بد من الإذن بالقبض صريحاً ولا يكفي فيه بالقبض بحضرة الواهب، بخلاف هبة العين لما نذكره في موضعه... وكذلك إذا وهب ديناً له على إنسان لآخر أنه إن قبض الموهوب له بإذن الواهب صريحاً جاز قبضه استحساناً، والقياس أن لا يجوز وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان فيما تقدم، وإن قبضه بحضرة ولم ينه عن ذلك لا يجوز قياساً واستحساناً فرق بين العين والدين، ووجه الفرق أن الجواز في هبة العين عند عدم التصريح بالإذن لكون الإيجاب فيها دلالة الإذن بالقبض لكون دلالة قصده تمليك ما هو ملكه من الموهوب له، وإيجاب الهبة في الدين لغير من عليه الدين لا تصح دلالة الإذن بقبضه لأن دلالة بواسطه دلالة قصد التمليك، وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يتحقق إلا بالتصريح بالإذن بالقبض. لأنه إذا أذن له بالقبض، صريحاً قام قبضه مقام قبض الواهب فيصير بقبض العين قابضاً للواهب أولاً، ويصير المقبوض ملكاً له أولاً ثم يصير قابضاً لنفسه من الواهب، فيصير الواهب على هذا التقدير الذي ذكرنا واهباً ملك نفسه والموهوب له قابضاً ملك الواهب؛ فصحت الهبة والقبض، وإذا لم يصرح بالإذن بالقبض بقي المقبوض من المال العين على ملك من عليه، فلم تصح الهبة فيه، فلا يجوز قبض الموهوب له فهو الفرق بين الفصلين»<sup>(١)</sup>.

وجاء في الفتاوى الأنقروية: «هبة الدين من غير من عليه الدين لا تصح إلا إذا وهبه وأذن له في القبض فقبضه جاز وذكر في العمدة: وإن لم يأمره بالقبض لا يجوز، والبنت إذا وهبت مهرها من أبيها إن أمرته بالقبض جاز، وفي بعض

(١) انظر: بدائع الصنائع (٦/١١٩، ١٢٤).

كتب الفقه الموثوق عليه هبة الدين من غير من عليه الدين لا تجوز، إلا إذا سلطه على قبضه، ويصير كأنه وهبه حين قبضه، ولا تصح إلا بالقبض. في الفصل الثالث والثلاثين من العمادية رجل وهب ديناً له على رجل من رجل وأمره بقبضه جاز استحساناً وإن لم يأمره بالقبض لا يجوز».

#### الضرع الثاني: المذهب الشافعي؛

هناك قاعدة فقهية تقول: ما جاز بيعه جازت هبته.

والشافعية يسلمون بهذه القاعدة في الجملة<sup>(١)</sup>

ولكنهم في معرض بيع الدين لغير من هو عليه وهبته منه لم يكونوا على قول واحد بالنسبة لتلك القاعدة.

فقد اختلفوا في بيع الدين لغير من هو في ذمته على قولين: أظهرهما المنع، والثاني الجواز. لكن بشروط هي: استقرار الدين وحلوله، وملاءة المدين، وتقابض العوضين في المجلس.

وقد سبق بيان ذلك.

كما اختلفوا في هبة الدين لغير المدين على قولين أيضاً: أحدهما: الجواز لأن الذمم تجري مجرى الأعيان بدليل صحة البيع والشراء فيها. والثاني: البطلان وهو المعتمد عند الشافعية، لوقوع عقد الهبة على الدين وهو غير مقدور التسليم، ولحصول القبض فيما لم يرد عليه العقد، لأن ما يقبضه الموهوب له عين لا دين.

ويرى بعض الشافعية إن الخلاف في هبة الدين من غير من هو عليه مبني على جواز بيعه منه. إن صح فالهبة أولى وإلا فوجهان أصحهما المنع<sup>(٢)</sup>.

(١) من مستثنيات هذه القاعدة صحة بيع الموصوف دون هبته.

(٢) انظر: حاشية الرملي على أسنى المطالب (٤٨١/٢).



ولنا أن نتساءل إذا كان الخلاف في هبة الدين من غير من هو في ذمته مبنياً على جواز بيعه منه، فهل يشترط في الهبة توافر شروط البيع التي سبق ذكرها؟ الظاهر من سياق كلام الرملي في حاشيته على أسنى المطالب أن صاحب البيان وغيره يقيده بالمستقر، وأن بعضهم يقيده بكونه على باذل.

وهذان القيدان هما بعض قيود جواز بيع الدين لغير من هو عليه في المذهب الشافعي، أما شرط تقابض العوضين في المجلس بالنسبة للبيع فلا حاجة إليه في الهبة، لأنها تبرع لا مقابل فيها من جهة وهي من جهة أخرى لا تملك إلا بالقبض سواء كانت عيناً أو ديناً.

هذا وذكر الرملي<sup>(١)</sup> في النهاية أن الفرق بين صحة بيع الدين لغير من هو في ذمته وعدم جواز هبته منه أن بيع ما في الذمة التزام لتحصيل المبيع في مقابلة الثمن والالتزام في الذمة صحيح بخلاف الهبة، لأنها أشبه بالوعد.

ونرى أن مشابهة الهبة للوعد تقتضي أن تكون أقرب إلى الجواز من البيع، لأنها أخف وطأة منه وأقل تبعه، ما دام أن المانع من الجواز هو عدم القدرة على التسليم.

فضلاً عن أن الهبة لا تملك إلا بالقبض، والدين عند قبضه يصير عيناً فيرتفع المحذور الذي من أجله منع تمليك الدين لغير من هو عليه.

وعزا بعضهم صحة البيع دون الهبة إلى أن انتقال الملكية بواسطة البيع لا يترتب على قبض المبيع بخلاف الهبة فملكها يتوقف على قبضها<sup>(٢)</sup> غير أن القائلين بجواز بيع الدين لغير من هو عليه يشترطون لجوازه شروطاً منها تقابض العوضين في المجلس كما سبق القول.

فلا يقوم هذا الفرق.

(١) انظر: نهاية المحتاج (٥/٤١٠).

(٢) انظر: حاشية الرملي على أسنى المطالب (٢/٤٨٢).

**الفرع الثالث، المذهب الحنبلي،**

تعددت أقوال الحنابلة في هبة الدين لغير من هو عليه.

فمنهم من رجح صحتها، ومنهم من تردد فيها.

فرواية حرب عن الإمام أحمد تقضى بصحتها، واختار ذلك ابن قاضي الجبل، والحرثي إن اتصل القبض بها.

ومن تردد في جوازها صاحب المغني فقد قال باحتمال صحتها قياساً على هبة الأعيان، حيث لا غرر فيها على المتهب ولا على الواهب، وقال باحتمال بطلانها قياساً على بيع الدين لغير من هو عليه<sup>(١)</sup>.

وقد استقر المذهب على جواز هبة ما في ذمة المدين لغيره إلا لزامه<sup>(٢)</sup>.

**الفرع الرابع، المذهب المالكي،**

أجاز المالكية هبة الدين لغير من هو عليه بشرط الإشهاد واتفقوا على أنه شرط لصحة الهبة.

وهناك شرطان آخران تضاربت فيهما أقوالهم، وهما: دفع الوثيقة إلى المتهب، والجمع بينه وبين من عليه الدين. فمنهم من يرى أنهما شرطاً صحة، ومنهم من يرى أنهما شرطاً كمال.

جاء في الشرح الكبير<sup>(٣)</sup>: «وَألا يهبه لمن عليه بل لغيره فكالرهن أي فكرهن الدين يشترط في صحته الإشهاد، وكذا دفع ذكر الحق أي الوثيقة على قول، وقيل هو شرط كمال كالجمع بينه وبين من عليه الدين. ولو قال: فكرهنه لكان أظهر، وشبهه به وإن لم يذكره في بابه لشهرته عندهم».

(١) انظر: المغني (٦/٢٥٧).

(٢) انظر: الإنصاف (٧/١٢٨). وانظر: أيضاً: كشاف القناع (٣/٢٥١)، غاية المنتهى (٢/٣٣٣).

(٣) (٤/٩٩).

وجاء في حاشية الدسوقي: «قوله وإلا فكالرهن أي وإلا فهبته كرهن الدين، وصورته أن يشتري سلعة من زيد بعشرة لأجل ويرهن المشتري عليها دينه الذي له على خالد فيجوز إن أشهد على الرهنية، وجمع بين البائع ومن عليه الدين، ودفع للبائع ذكر الدين (قوله الإشهاد) أي على الهبة كما أنه في مسألة رهن الدين يشترط الإشهاد على الرهن.

قوله: وكذا دفع ذكر الحق أي فإنه شرط في صحة هبة الدين ورهنه، وقوله: على قول هو قول ابن عبد الحق. وقوله: وقيل شرط كمال هو ما في الوثائق المجموعة.

قوله كالجمع بينه أي بين الموهوب له أو المرتهن وبين من عليه الدين، وظاهره أنه شرط كمال باتفاق، وليس كذلك إذ قد قيل أنه شرط صحة أيضاً فيهما».

\*\*\*\*\*

## الفصل الثاني الوصية

### المبحث الأول

#### الوصية بالأعيان التي لا يقدر على تسليمها

تحتل الوصية وجوها من الغرر، لأنها خلافة من الموصي تجري مجرى الميراث وما يورث عن الشخص يصح أن يوصى به.

وهي إلى ذلك عقد تبرع لا يقابله عوض يخشى فواته على صاحبه بخلاف البيع، فإذا أوصى شخص لآخر بعبد أبق، أو جمل شارد، أو طير طائر، أو مبيع قبل قبضه صحت وصيته<sup>(١)</sup>، على أن صحتها بالمعدوم تستدعي صحتها بالموجود الذي لا يقدر على تسليمه.

قال في الشرح الكبير<sup>(٢)</sup>: «تصح الوصية بما لا يقدر على تسليمه كالآبق والشارد والطير في الهواء والحمل في البطن واللبن في الضرع؛ لأن الوصية إذا صحت بالمعدوم فغيره أولى ولأنها أجريت مجرى الميراث وهذا يورث فيوصى به»

وجاء في المهذب للشيرازي<sup>(٣)</sup>: «ويجوز بالمجهول كالحمل في البطن واللبن في الضرع، وعبد من عبيد، وبما لا يقدر على تسليمه كالطير الطائر، والعبد الآبق، لأن الموصي له يخلف الميت في ثلثه كما يخلفه الوارث في ثلثيه. فلما جاز أن يخلف الوارث الميت في هذه الأشياء جاز أن يخلفه الموصي له».

\*\*\*

(١) انظر: الإنصاف (٤/٤٦٤)، ومجمع الأنهر (٢/٧٩).

(٢) انظر: الشرح الكبير لابن أبي عمر (٦/٥٠٢) بهامش المغني.

(٣) (١/٤٥٢)، وانظر: مغني المحتاج (٣/٤٤).

## المبحث الثاني

## الوصية بالدين لغير من هو عليه

اختلف فقهاء الحنفية في تكييف الوصية، هل هي خلافة عن الموصي يجيء التملك في أعقابها أو هي عقد تملك ابتداء؟

فالسرخسي يرى أنها خلافة لا يتوقف ثبوت الملك فيها على القبض. جاء في المبسوط<sup>(١)</sup>: «الوصية ليست بعقد تملك مال، وإنما شرعت خلافة عن الموصي، ثم الملك من ثمراته، ولهذا لا يتوقف ثبوت الملك فيها على القبض».

ويرى الصدر الشهيد أن الوصية عقد تملك ابتداء إذ جاء في إتحاف الأبصار والبصائر بتبويب كتاب الأشباه والنظائر<sup>(٢)</sup>: «وأما ملك الموصي له فليس خلافة عنه، بل بعقد تملك ابتداء... كذا ذكره الصدر الشهيد في شرح أدب القضاء للخصاف».

على أنهم رغم اختلافهم في تكييف الوصية قد اتفقوا على جوازها بالدين لغير من هو عليه سواء عين الموصي من عليه الدين فأوصى له بما في ذمة فلان، أو لم يعين ذلك بأن أوصى له بثلث ماله وفي تركته ديون على الناس.

ويبدو أن استثناء الوصية من أصل منع تملك الدين لغير من هو عليه ليس على إطلاقه، لأن الموصي له بالدين لا يملك إلا المطالبة به فقط، أما الملك الحقيقي فيتوقف على قبض الدين وصيرورته عيناً.

ولعل هذا المعنى يؤيد الفكرة القائلة بأن الوصية خلافة عن الموصي إذ لو كانت عقد تملك للمال ابتداء لملك الموصي له الدين الذي في ذمة الغير حقيقة،

(١) (٧٢/١٢).

(٢) ص ٢٦١.

وكانت مطالبته به أثراً من آثار الملكية، أما وقد نص على أن الموصى له يملك المطالبة فقط فهذا مما يدل على أن الملكية من ثمرات الخلافة<sup>(١)</sup>.

وذهب الشافعي إلى جواز الوصية بالدين، ولو كان غير مستقر. كما لو أوصى بمال الكتابة.

أما إذا أوصى له بالثلث وكانت تركته تشتمل على ديون وأعيان فقد ذكروا أنه يعطي ثلث الأعيان الموجودة وكلما قبض الورثة شيئاً من الديون دفعوا له ثلثه ومقتضى هذا أنه لا يملك ثلث الديون حال كونها في ذمم الغرماء ولا يملك مطالبة المدينين بها خلافاً للحنفية، بل يملكها بعد تنضيضها<sup>(٢)</sup>.

ويبدو أن سبب ذلك هو عدم نص الموصي على الدين فتحمل وصيته على العين.

تجوز الوصية بالدين أيضاً عند الحنابلة سواء كان الدين مستقراً أو غير مستقر وسواء كانت الوصية به لمن هو في ذمته أو لغيره.

ولا حرج على المدين أن يدفعه إلى الموصي له به أو إلى وصي الميت<sup>(٣)</sup>.  
وتصح الوصية بالدين عند المالكية سواء كان على معسر أو على ملئ مع مراعاة شروط الوصية الأخرى كعدم مجاوزة الوصية لثلث مال الموصي أو إجازة الورثة فيما زاد على ذلك<sup>(٤)</sup>.

وهذا بطبيعة الحال أمر لا بد منه لا في المذهب المالكي فحسب بل في جميع المذاهب الفقهية التي بحثنا الوصية بالدين فيها.

\* \* \* \* \*

(١) انظر: تكملة حاشية ابن عابدين (٤٥٨/٢) طبعة بولاق.

(٢) انظر: المهذب (٤٥٢/١)، نهاية المحتاج (٤٧/٥).

(٣) انظر: شرح المنتهى (٥٦١/٢).

(٤) انظر: الذخيرة للقرافي (٦٣/٥).

## خاتمة

رأينا أن الغرر في محل الالتزام التعاقدى، في الشريعة الإسلامية ينشأ من أسباب ثلاثة: الجهالة، والعدم، والعجز عن التسليم.

ودرسنا هذه الأسباب في مختلف العقود، فتبين لنا أن الفقهاء يضعون كل واحد منها نصب أعينهم في كافة عقود المعاوضات.

فالمبيع يجب أن يكون معلوماً جنساً وقدرًا وصفة.

وأن يكون موجوداً وقت إبرام العقد، مقدوراً على تسليمه، فلا يصح بيع المجهول ولا بيع المعدوم إلا بواسطة عقدي السلم والاستصناع، بعد إحاطتها بعدة قيود. ولا يجوز بيع الدين لغير من هو عليه عند الجمهور.

وكذلك الثمن يجب أن يكون معلوماً أيضاً، فلا يصح البيع بثمن مجهول وإن اشتمل العقد على بيان أسس مادية يتحدد بمقتضاها فيما بعد كالبيع بما ينقطع به السعر، ولا بد من معرفة العين المؤجرة، فلا تصح إجارة أحد هذين المنزلين.

وينبغي أن يكون عوض الصلح مقدوراً على تسليمه، فلا تصح المصالحة على عوض مجهول، ولا تجوز عن الدين مع غير من هو عليه.

وهكذا حتى لا يكاد يعرى عقد من عقود المعاوضات من قيود الغرر، رغم ما يترتب عليها من تضييق نطاق التعامل.

وقد تنبه لذلك بعض الفقهاء كشيخ الإسلام ابن تيمية فوَّق بين الغرر وبين أهداف التشريع الأخرى كرفع الحرج وتوصل إلى آراء سديدة فهو يجيز البيع بما ينقطع به السعر، ويجيز بيع الدين لغير من هو عليه، ويجيز إجارة الأرض المشتملة على الشجر.

بل يذهب إلى أكثر من هذا فيقرر مبدأ عاماً مقتضاه أن الغرر يندفع باجتهاد أهل الخبرة، فإذا كان من المستطاع معرفة حقيقة العقود عليه بالنسبة للمبيع المجهول كما إذا كانت بعض الظواهر تدل على أنه على هذه الصفة أو تلك فإن الغرر في هذه الحالة لا يؤثر في العقد.

وعلى هذا فهو يجوز بيع المغيبات في الأرض كالجزر ونحوه خلافاً للجمهور. مستدلاً على تجويزها بأن أهل الخبرة يستدلون برؤية أوراقها الظاهرة على حقيقتها، ويعرفون ذلك معرفة أقوى من معرفة الشخص برؤية وجهه. والواقع أن مبدأ اندفاع الغرر باجتهاد أهل الخبرة كفيل بتيسير التعامل، وفك كثير من قيود الغرر.

ورأينا أن الأمر في التبرعات ليس على ذلك القدر من التشدد وخشية الغرر، لأن المتبرع لا يريد أن يحصل على عوض مالي في مقابل ما تبرع به، ولهذا صحت الوصية بالمجهول والمعدوم، وصحت بالدين لغير من هو عليه. وجازت هبة المعدوم والمجهول عند الملكية، وصحت كفالة الدين المجهول عند الأحناف.

ورأينا أن أسباب الغرر التي هي الجهالة والعدم وتعذر التسليم متداخلة وأن القول بأن هذه المسألة أو تلك تعتبر غرراً لهذا السبب لا ينفي إنها غرر أيضاً لأحد أسبابه الأخرى.

وكثيراً ما يذكر الفقهاء في معرض بحثهم لبعض مسائل الغرر تعليقات مختلفة ترجع إلى عدة أسباب.

ومن ذلك قول ابن قدامة في المغني: أن بيع الحمل في البطن ممنوع للغرر بحكم كونه مجهولاً وغير مقدور على تسليمه.



ومن هذا الباب أن الحنابلة يشترطون لصحة الكفالة بالنفس العلم بالمكفول به فلا تصح عندهم كفالة شخص غير معين كأحد هذين المدينين ويذكرون أن علة المنع هي الجهالة وعدم إمكان التسليم<sup>(١)</sup>.

ومنه أيضاً أن الحنفية يرون فساد الصلح على غلة الدار وثمره النخل، لأن ذلك مجهول، وهو على خطر الوجود. أي أن لفساد هذا الصلح سببين: أحدهما الجهالة وثانيهما العدم.

ورأينا أن تطبيقات الغرر نسبية في الجملة تختلف الآراء فيها باختلاف الزمان والمكان، وتغاير أساليب الحضارة، فما كان غرراً عند شخص معين أو في بيئة خاصة قد لا يعتبر غرراً عند شخص آخر أو في بيئة أخرى، وما اعتبره أحد الفقهاء غرراً كثيراً قد يراه فقيه آخر من الغرر اليسير الذي لا يؤثر في العقد. وفي هذا دلالة واضحة على أصالة الفقه الإسلامي ومرونته وقابليته للتطور.

\*\*\*\*\*

(١) انظر: كشاف القناع جزء (٣/٣١٢).



ملحق تحقيق  
نضيس المتجر بشراء الدرر

تأليف  
حسن الشرنبلالي الحنفي



## ترجمة المؤلف

اسمه ولقبه ونسبه:

هو: حسن بن عمار بن علي الشرنبلالي الوفائي الحنفي، أبو الإخلاص المصري. ولد في شبرى بلولة بالمنوفية بمصر سنة ٩٩٤هـ. جاء به والده منها إلى القاهرة، وعمره ست سنوات، فنشأ بها، فحفظ القرآن، وأخذ فيه الاشتغال، ودرّس فيها.

ضبط اسمه:

الشرنبلالي: بضم الشين مع الراء، وسكون النون، وضم الباء نسبة لشبرا بلولة، وهذه النسبة على غير قياس، وهي بلدة بإقليم المنوفية بسواد مصر. شيوخه:

قرأ في صباه: على الشيخ محمد الحموي، والشيخ عبد الرحمن المسيري. وتفقه على: الإمام عبد الله التحريري، والعلامة محمد المحبي، والشيخ الإمام علي بن غانم المقدسي.

تلاميذه:

اشتغل عليه خلق كثير، وانتفعوا به منهم، وأخذ عنه خلق كثير منهم: العلامة أحمد العجمي.

السيد السند أحمد الحموي.

الشيخ شاهين الأرمنائي.

العلامة إسماعيل النابلسي من الشاميين.

فضل الله بن محب الدين بن محمد المحبي الحموي.

منزلته في العلم:

كان من أعيان الفقهاء، سار ذكره، فانتشر أمره، وهو أحسن المتأخرين ملكة في الفقه، وأعرفهم بنصوص قواعده، وأنداهاهم قلما في التحرير

والتصنيف، درس بالأزهر، وأصبح المعول عليه في الفتوى، وتقدم عند أرباب الدولة.

يقول عنه تلميذه فضل الله بن محب الدين بن محمد المحبي الحموي:

مصباح الأزهر، وكوكبة المنير المتلالي، لو رآه صاحب السراج الوهاج لاقتبس من نوره، أو صاحب الظهيرة لاخفى عند ظهوره، أو ابن الحسن لأحسن الثناء عليه، أو أبو يوسف لأجله ولم يأسف على غيره، صاحب التحريرات والرسائل التي فاقت أنفع الوسائل، مبدي الفضائل بإيضاح تقريره، ومحبي ذوي الإفهام بدرر غرر تحريره، نقال المسائل الدينية، وموضح المعضلات اليقينية، صاحب خلق حسن وفصاحة ولسن، وكان أحسن فقهاء زمانه.

#### من تصانيفه الكثيرة:

- ١- حاشية على الغرر لمنلاخسرو.
- ٢- حاشية على درر الحكام.
- وكلاهما في فروع الفقه الحنفي.
- ٣- نور الإيضاح ونجاة الأرواح في الفقه الحنفي.
- ٤- مراقي الفلاح شرح متن نور الإيضاح.
- ٥- مراقي السعادات في علمي التوحيد والعبادات.
- ٦- فتح الألفاظ بمجدول طبقات مستحقي الأوقاف.
- ٧- اتحاف ذوي الإتيقان بحكم الرهان.
- ٨- الاستفادة من كتاب الشهادة.
- ٩- شرح منظومة ابن وهبان في مجلدين.

١٠- تحفة الأكمل.

١١- التحقيقات القدسية، وتعرف برسائل الشرنبلالي، وعدتها ٤٨ رسالة.

١٢- العقد الفريد في التقليد.

١٣- غنية ذوي الأحكام.

توفي بالقاهرة يوم الجمعة بعد صلاة العصر في شهر رمضان سنة ١٠٦٩هـ.

ودفن بترية المجاورين، وله نحو ٧٥ سنة<sup>(١)</sup>.

\* \* \* \* \*

(١) انظر: خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر لمحمد أمين بن فضل الله الحموي (٣٨/٢)،

(٣٩)، الأعلام للزركلي (٢٠٨/٢)، معجم المؤلفين (٢٦٥/٣).

نفيس المتجر بشراء الدرر  
تأليف العالم العلامة الفقير  
حسن الشرنبلالي الحنفي  
تعمده الله بالرحمة والرضوان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله عالم غيب الدارين، الكاشف عن القلب والعين ظلمة الوهم والدين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد سيد الكونين، وعلى آله وأصحابه القائمين بأداء الفرض والسنة، المنزل في شأنهم أعظم منة ﴿إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ بِأَنْ لَهُمُ الْجَنَّةُ﴾، ظفروا بتسليم المشتري بخير بيع سليم عن قلبه ﴿فَأَسْتَبْشِرُوا بِيَعِّكُمْ الَّذِي بَايَعْتُمْ بِهِ﴾ للتوبة: ١١١.

وبعد:

فيقول العبد الراجي صحبة أولئك الموالى حسن الوفاي الحنفي الشرنبلالي: هذه نبذة لتحرير صحة البيع المسمى جنسه دون قدره ووصفه كالمشار إليه، وإظهار النص الشاهد بأن المخالف له لا يعول عليه، وسميتها: «نفيس المتجر بشراء الدرر».

قال مؤلفها أفاض الله عليه وعلينا سجال الرحمة. ومنّ وستر: «(وكفى) في صحة البيع (الإشارة في أعواض) أعم من البيع والتمن (غير ربوية)..(وشرط معرفة مبيع) يعني معرفة جنس مبيع يحتاج إلى التسليم بما يرفع الجهالة، بأن باع غائباً -يعني سمى جنسه- وأشار إلى مكانه وليس فيه مسمى بذلك الاسم غيره، فإنه جائز، وشرط معرفة قدر ثمن كعشرة في الذمة احتراز عن المشار إليه، ومعرفة وصفه أي الثمن كبخارى وسمرقندى» انتهى.



فقد نص في الدرر على أن معرفة قدر المبيع ووصفه ليست شرطاً لصحة بيعه سواءً كان مشاراً إليه أو إلى مكانه الخالي عن سميّه وسنذكر عن المحيط والبزازية أن الإشارة لا يحتاج إليها للصحة، وأنه يكتفى بذكر جنس المبيع مع وجوده في ملك بايعه، ولا يدفع هذا قول مواهب الرحمن: «ويشترط معرفة المبيع بما ينفي جهالته قطعاً للمنازعة، وقدر الثمن ووصفه لو في الذمة لا المشار إليه» انتهى أن المعرفة<sup>(١)</sup> ببيان جنس المبيع فقط؛ لأن الوصف والقدر ترفع جهالتهما بخيار الرؤية في المبيع الغائب، فلا يشترط لصحة بيعه ذكر وصفه ولا قدره؛ لأن جهالتهما لا تقضي إلى منازعة مفسدة لارتفاع النزاع بخيار الرؤية.

فقول صاحب الاختيار والبرهان: «وإن كان المبيع غائباً ولا يعرف بالأنموذج كالثياب والحيوان فلا بد من ذكر جميع الأوصاف قطعاً للمنازعة، ويكون له خيار الرؤية» انتهى، ممنوع من خشية<sup>(٢)</sup> اشتراط ذكر جميع الأوصاف لصحة بيع غائب لا يعرف بالنموذج، لما قال في الخلاصة: «باع عبداً له ولم يصف ولم يشر إليه إن كان له عبد واحد يجوز. قال: بعث منك الجارية التي اشتريتها من فلان، أو الجارية التي في هذا البيت يجوز، اشترى جراباً هروياً على أن فيه عشرين ثوباً وبين لكل ثمناً فوجدها تسعة عشر جاز البيع، اشترى ساحة أو أرضاً وذكر حدودها ولم يذكر ذرعها لا طولاً ولا عرضاً جاز البيع، ولو لم يذكر الحدود ولم يعرف المشتري الحدود جاز البيع إذا لم يقع بينهما تجاحد.

قال الآخر: إن لك في يدي أرضاً خربة لا تساوي شيئاً فبعها مني بكذا، فقال: بعته ولم يعرفها البائع وهي تساوي أكثر من ذلك جاز البيع.

(١) المخطوطة رقم ١٢٧٣ فقه حنفي المكتبة الأزهرية، إذ المعرفة ببيان جنس المبيع فقط.

(٢) المخطوطة رقم ١٢٧٣، من حبيّة اشتراط.

رجل قال لآخر: بعتك جميع مالي في هذه القرية من الرقيق أو البر أو الثياب، فهنا خمس مسائل:

أحدها: هذه.

الثانية: الدار.

الثالثة: البيت.

الرابعة: الصندوق.

الخامسة: الجوالق.

فكل<sup>(١)</sup> وجه على وجهين أما أن علم المشتري بما في هذه المواضع أو لم يعلم، إن علم جاز في الكل وإن لم يعلم ففي القرية والدار لا يجوز، وفي البواقي جائز» انتهى.

وقال الكمال: «الحال أو في ثاني الحال، فيدخل السلم» انتهى.

فلم يجعل ذكر الوصف والقدر شرطاً لصحة البيع، وكذا قوله في الهداية: (ومن باع أرضاً دخل ما فيها من النخل والشجر وإن لم يسمه، وكذا بناء الدار وإن لم يسمه)، مع أن ذلك كله وصف في المبيع فلم يجعل ذكره شرطاً لصحة البيع، وكذا دخول الشرب والطريق بذكر حقوق المبيع بنفي<sup>(٢)</sup> اشتراط تعيين أوصاف المبيع، فهذا كله موجب صحة شراء ما لم يره من غير ذكر أوصافه وقدره، ويثبت له خيار الرؤية، وبه يندفع ما في شرح المختار البرهان؛ لأن ذكر القدر والوصف لا يفيدان لزوم بيع ما لم يره. كما لا يتوقف الانعقاد على ذكرهما بما ذكرناه من النقول، وقد تدافع كلام صاحب البرهان فإنه قال في باب خيار الرؤية: المبيع أي الذي لم ير معلوم العين مقدور التسليم ولا ضرر في بيعه

(١) المخطوطة رقم ١٢٧٣ (وكل وجه).

(٢) المخطوطة رقم ١٢٧٣ (ينفي اشتراط الخ).

فيصح كالمثلي، والجهالة إنما تفسد العقد إذا كانت تفضي إلى المنازعة، كشاة من قطيع، فأما إذا كانت لا تفضي إليها لا تفسده، كبيع قفيز من الصبرة، وجهالة الأوصاف بسبب عدم الرؤية لا يفضي<sup>(١)</sup> إليها بعدما صار معلوم العين، وإنما تأثير هذه الجهالة في انعدام تمام الرضا به وإذا<sup>(٢)</sup> شرط انبرام العقد لا شرط جوازه. انتهى كلامه.

فهو يدفع ما قدمه لأن هذا هو التحقيق، ولا يخالف ذلك قول الكنز: «ولابد من معرفة قدر ووصف ثمن غير مشار» لأن التنوين يتعين أن يكون في قدر بدلاً عن المضاف إليه وهو الثمن أن قدر<sup>(٣)</sup> منوناً، ويجوز ترك التنوين على نية إضافته للثمن المذكور، على حد قول بعض العرب: بعته بنصف وربع درهم فالتقدير ولا بد من معرفة قدر ثمن ووصف ثمن<sup>(٤)</sup> ويكون على حد قول: ما بين ذراعي وجبهة الأسد، إشارة إلى أن البيع لا يشترط لصحة بيعه بيان قدره ووصفه ولو مع كونه ليس مشاراً إليه فيكفي ذكر جنسه، وبمثل هذا شرح ملا مسكين عبارة الكنز بقوله: «ولابد من معرفة قدر ووصف ثمن غير مشار. أي إذا كان الثمن غير مشار إليه لابد من معرفة قدره ووصفه» انتهى.

فقد خص معرفة القدر بالثمن كوصفه، وبمثله قد صرح صاحب الكنز في الكافي بقوله: «والثمن. إذا كان غير مشار<sup>(٥)</sup> لا يحتاج إلى معرفة مقداره في جواز

(١) المخطوطة رقم ١٢٧٣ (لا تفضي).

(٢) المخطوطة رقم ١٢٧٣ (وذا شرط الخ).

(٣) المخطوطة رقم ١٢٧٣ (قري).

(٤) المخطوطة رقم ١٢٧٣ (ووصفه).

(٥) المخطوطة رقم ١٢٧٣: «والثمن إذا كان غير مشار إليه لابد من معرفة قدره وصفته. ثم قال

وإذا كان الثمن أو غيره مشاراً لا يحتاج إلى معرفة مقداره في جواز البيع الخ...».

البيع ؛ لأن الإشارة أبلغ أسباب التعريف ، وجهالة الوصف لا تفضي إلى النزاع ولا تمنع<sup>(١)</sup> الجواز بخلاف السلم ، فإن معرفة قدر رأس المال شرط فيه عند أبي حنيفة « انتهى » .

فأراد بقوله : وجهالة الوصف : جهالة القدر بقرينة قوله : بخلاف السلم فإن معرفة قدر رأس المال شرط فيه مع الإشارة .  
وكذا وقع في الهداية وأوله الشراح كما ذكرناه .

فإن قلت : أن مفهوم قوله : أو غيره مشار إليه : يفيد اشتراط معرفة قدر المبيع الذي لم يشر إليه ، قلت : هذا المفهوم ليس احترازياً ولا عاماً ؛ لأنه معارض بالمنطوق ، لقوله بعده : ويبيع الطعام كيلاً وجزافاً وفي سنبله ، فهو مخصوص برأس مال السلم وبالسلم<sup>(٢)</sup> فيه .

وقول الإيتقاني في غاية البيان : « واحترز بالأعراض المشار إليها عما لم يشر إليه كما في السلم ؛ لأن معرفة القدر في المسلم فيه شرط لجواز العقد ؛ لأن الجهالة فيه مفضية إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسليم ؛ لأن رب السلم يطالب المسلم إليه بالمسلم فيه زائداً على ما يدفعه السلم إليه ، فتقع المنازعة لا محالة ، لأن أحدهما لا يرضى بما قال الآخر » انتهى .

لا يمنع ما ذكرناه ؛ لأن البيع الذي لم يشر إليه وقد ذكر جنسه يثبت فيه خيار الرؤية . ولا يثبت خيار الرؤية في المسلم فيه ، فكان هو<sup>(٣)</sup> بين المبيع المطلق والمسلم فيه ، فدل على أن المفهوم من عبارة الهداية مخصوص برأس مال السلم والمسلم فيه لا غير ، لوجود النص بمطابقته فلا مخالفة .

(١) المخطوطة رقم ١٢٧٣ (ولا تمنع) .

(٢) المخطوطة رقم ١٢٧٣ (وبالمسلم فيه) .

(٣) المخطوطة رقم ١٢٧٣ (فكان هو الفرق بين المبيع المطلق والمسلم فيه)

ولقد أحسن صدر الشريعة رحمه الله حيث ميز بين ذكر الثمن والمبيع فقال: «ولما ذكر الإيجاب والقبول أراد أن يذكر الثمن والمبيع، وإنما قدم ذكر الثمن لأنه وسيلة إلى حصول المبيع وهو المقصود، والوسائل مقدمة على المقاصد فقال: وصح في العرض المشار إليه بلا علم بقدره ووصفه لا في غير المشار إليه فإنه حينئذ لا بد من أن يذكر قدره ووصفه. وثمن حال وإلى أجل علم، ثم بعد ذكر الثمن شرع في ذكر المبيع فقال: وفي الطعام والحبوب كيلاً وجزافاً أن يبيع بغير جنسه، وبإناء أو حجر معينين لم يدر قدره» انتهى.

فانظر إلى حسن صنيع صدر الشريعة الموافق لما شرح به ملامسكين كلام الكنز، وبه زال الاشتباه الذي يظن من عبارة الكنز، ويظهر صحة شرحنا عبارة الكنز بأن التثوين في قوله: ولا بد من معرفة قدر، بدل من المضاف إليه وهو الثمن خاصة كما صرح به ملامسكين رحمه الله.

وإذا علمت هذا فلا نسلم تفسير العيني وصاحب البحر عبارة الكنز بقوله: أي لا يصح البيع بمعرفة قدر المبيع إن لم يشر إليه؛ لأنه يناقض قول الكنز فيما بعده: ويباع الطعام كيلاً وجزافاً وبإناء وحجر لم يدر قدره؛ لأنه عام يشمل المشار إليه وغيره ويناقض قوله: صح بيع بر في سنبله وباقلا في قشره.

وقال في البزازية: «يجوز بيع كل ما يتفاوت كالبر بلا إشارة ولا إضافة لو كان في ملكه قدر المبيع كله» يعنى: إن ذكر له قدر.

وفي البزازية أيضاً: «باع حنطة غير معينة ولا مشاراً إليها، لكنها في ملكه في السواد، وعلم به المشتري، فلا خيار له، وإن لم يعلم له الخيار، وذكر الخيار دل على جواز البيع ولو كان الكل في المصر في موضعين يجوز بالإشارة<sup>(١)</sup> في

(١) المخطوطة رقم ١٢٧٣ (يجوز بلا إشارة في الأصح).

الأصح، ومثله في الخلاصة، ثم قال: ذكر الإمام ظهير الدين: باع كراً من الحنطة إن في ملكه أقل منه بطل في المدوم، وإن في ملكه لكن من نوعين في موضعين لا يجوز، وإن من نوع في موضعين جاز، وإذا علم المشتري بمكانها له الخيار إن شاء أخذها في مكانها وإن شاء فسخ» انتهى.

وهذا خيار تخيير لا رؤية؛ لأنه حكم به قبل الرؤية.

وقال في المحيط من باب خيار الرؤية: «باع حنطة له ولم يشر إليها جاز؛ لأنه باع ما يملكه كما لو باع عبده ولم يشر إليه، وإن لم يكن في ملكه حنطة، أو لم يكن قدر ما باع بطل؛ لأنه باع المدوم» انتهى.

ولقوله في البحر: «ومن شرائط الصحة أن يكون المبيع معلوماً علماً يمنع من المنازعة، فالجهول جهالة مفضية إليها غير صحيح، كشاة من هذا القطيع» انتهى.

لأن جهالة قدر ما سمي جنسه ولم يشر إليه جهالة لا تمنع الصحة فلا منازعة لثبوت الخيار برؤية كما ذكرنا.

وكذا قوله في باب خيار الرؤية: «شراء ما لم يره جائز، أي: صحيح؛ لما رواه ابن أبي شيبة والبيهقي: (من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء تركه).

وجهالته لا تفضي إلى المنازعة؛ لأنه لو لم يوافق رده<sup>(١)</sup> فصار كجهالة الوصف، أو القدر في العين<sup>(٢)</sup> المشار إليه.

(١) المخطوطة رقم ١٢٧٣ (يرده).

(٢) المخطوطة رقم ١٢٧٣ (في المعين المشار إليه).

وإطلاق الكتاب يقتضي جواز البيع، سواء سمي جنس المبيع أولاً، وسواء أشار إلى مكانه أو إليه وهو حاضر مستور أولاً، مثل أن يقول: بعت منك ما في كمي.

وعامة المشايخ قالوا: إطلاق الجواب يدل على الجواز عنده.

وطائفة قالوا: لا يجوز لجهالة المبيع.

وكذا قوله: ولو اشترى وباع منه ثوباً أو وهب إلخ. أطلق فيه صحة البيع مع عدم ذكر قدر الثياب وعددها، والإشارة إليه وكذا بيع ما هو مغيب في الأرض وعلم وجوده كالجزر والبصل والفجل يصح بيعه وإن لم يعلم قدره، فهذا كله يمنع اشتراط معرفة المبيع لصحة بيعه، ويوافق كلام الكنز على ما قررناه، وكما شرحه ملامسكين رحمه الله.

ولهذا لم يذكر صاحب الكنز في أصله الوافي وشرحه الكافي اشتراط معرفة قدر المبيع، ولم يذكر الزيلعي شارح الكنز اشتراط علم قدر المبيع الذي لم يشر إليه، فلم يكن تفسير العيني وصاحب البحر مقبولاً لما ذكرناه.

ويستدل له بقول كل من عثمان بن عفان رضي الله عنه، وطلحة بن عبيد الله إنني قد غبنت؛ لأنه يفيد عدم علم كل من البائع والمشتري وصف المبيع وقدره مع صحة البيع، لقول كل منهما: لي الخيار؛ لأنه لو علم ذلك لم يدع الغبن.

فهذا دليل ما ذكرناه من أنه لا يشترط لصحة بيع الغائب بيان قدره ووصفه، ودافع تفسير العيني وصاحب البحر عبارة الكنز كما ذكرناه ولحذف الصلة في كلام الكنز حيث لم يقل: غير المشار إليه أو إليهما، صلح لأن ترجع للثمن خاصة فليس فيه ما يعين الرجوع للثمن والمبيع فلم يكن شاهداً لهما، ولهذا

قال الشيخ قاسم بن قطلوبغا في شرح النقاية: «ويعرف المبيع في بيع المثليات يعني المختلفة الجنس بالإشارة لا بذكر القدر والصفة، يعني: لا يحتاج لذكر القدر والصفة إلا في السلم فإنه يشترط فيه ذكر القدر والصفة» انتهى.

فقول ابن الملك: «وشرط في صحة البيع معرفة المبيع بما ينفي الجهالة لأن المعاملات شرعت لقطع المنازعات وجهالة قدره ووصفه تفضي إلى المنازعة» انتهى.

قول غير مسلم؛ لأنه يجعل العلم بالقدر والوصف شرطاً للصحة، ولم يقل به محقق أئمتنا؛ لأن المبيع إذا لم ير ولم يعلم قدره ولا وصفه يصح ويثبت فيه خيار الرؤية.

وبه تنقطع المنازعة فلا احتياج لمعرفة قدر المبيع ووصفه، وليس في متن المجمع ما يفيد اشتراط معرفة القدر كما لا يفيد الكنز، فقد اتفق المتنان وصدر الشريعة وملا مسكين شارح عبارة الكنز على عدم اشتراط معرفة قدر المبيع، بل أنه لا يحتاج صحة البيع إلى الإشارة للمبيع ولا لمكانه على ما قاله في البزازية: «باع حنطة أو شعيراً في ملكه ولم يشر والمبيع موجود في ملكه صح، وكذا لو باع أرضه ولم يذكر الحدود ولم يشر إليها، وكذا لو قال: بعتك كراً من حنطة وفي ملكه كرا واحد انصرف، إليه وإن كان أنقص من كرا فالباع باطل في الكرا؛ لأنه باع المعدوم والموجود» انتهى.

وقدمنا أنه يصح بقدر الموجود، وكذا لا يصح بيع بذر<sup>(١)</sup> نحو البطيخ الذي في ضعفه حالة كونه صحيحاً كنبوى التمر قبل استخراجيه بالكسر؛ لأنه في حكم المعدوم إذ لا يسمى بذراً حينئذ<sup>(٢)</sup> بخلاف البر في سنبله.

(١) المخطوطة رقم ١٢٧٣ (بزر).

(٢) المخطوطة رقم ١٢٧٣ (بزر).



وفي الفتاوى الصغرى: «ولو اشترى من آخر حنطة أو شعيراً وكان المبيع في ملك البائع لكنه لم يصف المبيع<sup>(١)</sup> إليه بالإشارة ولم يبعه بطريق السلم جاز؛ لأنه باع ما يملكه». انتهى

وفي يتيمة الدهر ذكر في حيل الخصاف: «لو قال<sup>(٢)</sup> بعتك طعامي الذي هيأته بكذا يجوز، قال الحلواني صاحب الكتاب جوز البيع على هذه الصفة ويحتاج الجواز هنا لشيء آخر وهو أن يشير إلى موضع<sup>(٣)</sup> الذي فيه الطعام، أو يعرفه بشيء، فأما إذا قال: بعث منك طعاماً، لا يجوز ذلك ما لم يقل من بدر كذا أو من جنف<sup>(٤)</sup> كذا، فأما إذا أطلق إطلاقاً فإنه لا يجوز ذلك، ولكن صاحب الكتاب يعني الخصاف جوز هذا فهذا مذهبه» انتهى. وقدمنا أنه يجوز بلا إشارة في الأصح. انتهى.

ثم قال في اليتيمة: وذكر حسام في واقعاته في باب البيوع الجائزة بعلامة التا أنه إذا باع شعيراً ولم يصف المبيع إليه بالإشارة، ولم يبعه سليماً جاز. كما قال الخصاف انتهى. وهذا في بيع الجملة، أما لو باع نصيبه من نحو دار ولم يذكر قدره بأن قال لآخر بعث نصيباً<sup>(٥)</sup> منك من هذه الدار بكذا وعلم المشتري نصيبه، ولم يعلمه البائع: جاز بعد أن يقر البائع أنه كما قال المشتري، وإن لم يعلم المشتري قال أبو حنيفة ومحمد: لا يجوز علم البائع أو لم يعلم، وقال أبو يوسف: يجوز علم البائع أو لم يعلم، كذا في الفتاوى الصغرى، فهذا علمت

(١) المخطوطة رقم ١٢٧٣ (البيع).

(٢) المخطوطة رقم ١٢٧٣ (ولو قال بعتك).

(٣) المخطوطة رقم ١٢٧٣ (الموضع).

(٤) المخطوطة رقم ١٢٧٣ (جنق).

(٥) المخطوطة رقم ١٢٧٣ (نصيبك).

صحة البيع في الموجود بذكر جنسه دون قدره ووصفه ودون الإشارة، كما لو ذكر قدره ولم يشر إليه وهو موجود في ملكه.

وتعلم ما في شرح نظم الكنز لشيخ الإسلام العلامة على المقدسي شيخ مشايخي رحمهم الله من قوله: وسكت المصنف عن شرطه، يعني شرط الوصف في البيع قياساً على الثمن أو بطريق الدلالة؛ لأنه إذا شرط في الثمن لغير<sup>(١)</sup> مقصود ففي المقصود أولى، هذا على ما في الفتح من اشتراط ذكر الوصف في المبيع كالثمن، وفي البدائع نفاه فيهما، واقتصر المصنف على ذكره في الثمن فليتأمل في الفرق انتهى.

وأقول: الفرق أنّ الثمن إذا لم يكن مشاراً إليه لا يعلم إلا بقدره ومع علم قدره، لا بد من وصفه لاختلاف أوصاف النقود المؤدى إلى الجهالة والمنازعة، المفضية لإبطال البيع.

وأما المبيع فمع ذكر الجنس<sup>(٢)</sup> إلى مكانه الخالي عن سميّه أو مع ترك الإشارة على ما قدمنا أنه يكتفى بذكر الجنس، فالصحة حاصلة وعدم لزوم العقد ثابت رافع للمنازعة للخيار الذي ثبت بالرؤية، فلا تفتقر صحة العقد لذكر القدر ولا الصفة.

ثم أن قول شارح النظم هذا على ما في الفتح من اشتراط ذكر الوصف في البيع كالثمن فأقول: ليس في عبارة فتح القدير اشتراط ذكر الوصف في المبيع بل في الثمن فقط لقوله: «والأعواض المشار إليها سواء كانت مبيعاً كالحبوب والثياب أو أثماناً كالدراهم والدنانير لا يحتاج إلى معرفة مقدارها<sup>(٣)</sup> احتراز عن الصفة فإنه لو

(١) المخطوطة رقم ١٢٧٣ (الغير مقصود).

(٢) المخطوطة رقم ١٢٧٣ (فمع ذكر الجنس والإشارة إلى مكانه).

(٣) المخطوطة رقم ١٢٧٣ (لا يحتاج إلى معرفة مقدارها في جواز البيع والتقييد بمقدارها في قوله:

لا يحتاج إلى معرفة مقدارها احتراز عن الصفة).

أراه دراهم وقال اشتريته بهذه فوجدها زيوفاً أو بهرجة كان له أن يرجع بالجياذ» انتهى. فليس فيه اشتراط معرفة صفة المبيع فكان<sup>(١)</sup> المفهوم المفيد معرفة قدر المبيع الذي لم يشر إليه غير مراد لنصه بعده على جواز البيع جزافاً.

وقوله: وفي البدائع نفاه فيهما أقول: فيه تأمل أيضاً؛ لأن عبارة البدائع: «ومنها، أي: من شرائط الصحة: أن يكون المبيع معلوماً وثنه معلوماً علماً يمنع المنازعة، فإن كان أحدهما مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة فسد البيع، وإن كان مجهولاً جهالة لا تفضي إلى المنازعة<sup>(٢)</sup>؛ لأن الجهالة إذا كانت مفضية إلى المنازعة كانت مانعة من التسليم والتسلم، فلا يحصل مقصود البيع وإذا لم تكن مفضية إلى المنازعة لا تمنع من ذلك فيحصل المقصود» انتهى.

وهذا موافق لما قدمناه؛ لأنه لا شك أن جهالة وصف الثمن كجهالة قدره مفضية للمنازعة المانعة<sup>(٣)</sup> فقد أفادت البدائع اشتراط معرفة وصف الثمن وقدره، وأفادت<sup>(٤)</sup> معرفة جنس المبيع إذا لم يشر إليه، فادعا نفيها الوصف غير مسلم، وكانت مفيدة لما تفيده عبارة الكنز وغيره من أن معرفة قدر المبيع الذي لم يشر إليه ليست شرطاً لصحة البيع؛ لأن ثبوت خيار الرؤية مانع من المنازعة المفسدة، بخلاف الثمن الذي لم يشر إليه. وبيع ثمرة على شجرة استثنى منها أرطال صحيح على رواية الكنز؛ لأن الباقي جهالته غير مبطله فهو

(١) المخطوطة رقم ١٢٧٣ (وكان).

(٢) المخطوطة رقم ١٢٧٣، لا يفسد لأن الجهالة إلخ.

(٣) المخطوطة رقم ١٢٧٣، المانعة / من التسليم والتسلم كما أن جهالة جنس المبيع الذي لم يشر إليه مانعة.

(٤) المخطوطة رقم ١٢٧٣، كتبت بالباء المربوطة هكذا (أفادة) والظاهر أنه خطأ من الناسخ.

مفيد<sup>(١)</sup> صحة البيع مع العلم به وجهالة قدره؛ لأن الإشارة هنا ليست للمبيع منفرداً حتى يستغنى بها عن ذكر قدره لو شرط علمه.

ولهذا بين في الهداية مفهوم كلامه المتقدم بقوله: «والأثمان المطلقة، أي: عن قيد الإشارة، لا يصح حتى تكون معلومة القدر كخمس، والصفة عشر دراهم بخارية أو سمرقندية، وكذا حنطة بحرية أو صعيدية، وهذا لأنها إذا كانت الصفة مجهولة تتحقق المنازعة في وصفها، فالمشتري يريد دفع الأدون، والبائع يطلب الأرفع، فلا يحصل مقصود شرعية العقد وهو دفع الحاجة بلا منازعة، وقد بين الشارح أن الحنطة ونحوها ثمن موصوف لا بيع<sup>(٢)</sup> يعني إذا دخل عليها البائث مثل بما إذا باع عبداً بثوب موصوف في الذمة إلى أجل جاز ويكون بيعاً في حق العبد، حتى لا يشترط قبضه في المجلس، وكذا<sup>(٣)</sup> عبارة القدوري رحمهم الله، فتلخص مما ذكرناه: أن جهالة قدر المبيع الذي سمي جنسه وجهالة وصفه لا تمنع سواءً كان المبيع مشاراً إليه أو غيره مشار إليه؛ لأن المشار إليه علم بالإشارة، والغائب يثبت فيه خيار الرؤية، فانتفت الجهالة المانعة من الصحة، فلم يحتاج إلى بيان قدره، ولا بيان وصفه، لصحة بيعه».

هذا ما تيسر تسطيره وتحريره بفضل الله سبحانه وتعالى، كما جرى به تقديره بتاريخ أواسط جمادى الثاني سنة ثمان وخمسين وألف، ختمت بخير، آمين وصلى الله على سيدنا وصحبه وسلم.

\*\*\*\*\*

(١) المخطوطة رقم ١٢٧٣، (يفيد).

(٢) المخطوطة رقم ١٢٧٣، (لا مبيع).

(٣) المخطوطة رقم ١٢٧٣، (وهكذا).

## أهم المراجع

### (أ) الحديث وشروحه:

- ١- صحيح البخاري ، طبعة الحلبي.
- ٢- صحيح مسلم ، طبعة صبيح.
- ٣- سنن أبي داود ، طبعة مصطفى محمد.
- ٤- مسند الإمام أحمد.
- ٥- السنن الكبرى للبيهقي ، طبعة حيدر آباد الدكن بالهند.
- ٦- فتح الباري لابن حجر العسقلاني. الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية.
- ٧- شرح النووي على صحيح مسلم. طبعة مطبعة حجازي بالقاهرة.
- ٨- معالم السنن للخطابي. طبعة أنصار السنة المحمدية.
- ٩- شرح العمدة لابن دقيق العيد. طبعة أنصار السنة المحمدية.
- ١٠- سبل السلام شرح بلوغ المرام لمحمد بن إسماعيل الصنعاني ، نشر المكتبة التجارية بالقاهرة.

### (ب) أصول الفقه:

- ١- الإحكام لسيف الدين أبي الحسن الآمدي ، طبعة مطبعة المعارف بمصر ١٣٣٢هـ.
- ٢- الفروق للقرافي ، طبعة دار إحياء الكتب العربية الطبعة الأولى.
- ٣- القواعد للزرکشي ، دار الفكر.
- ٤- القواعد والفوائد الأصولية ، لابن اللحام. طبعة أنصار السنة المحمدية.
- ٥- القياس في الشرع الإسلامي ، لابن تيمية ، طبعة المطبعة السلفية.
- ٦- مجامع الحقائق للخادمي ، طبعة الآستانة (١٣٠٨ هـ)

- ٧- المدخل للشيخ عبد القادر بن أحمد بن مصطفى المعروف بابن بدران  
الدمشقي. طبعة إدارة الطباعة المنيرية بمصر.  
(ج) **الفقه الحنفي:**
- ١- السرخسي (٤٣٨ هـ) (المبسوط) طبعة مطبعة السعادة بالقاهرة.
  - ٢- الكرايسي (٥٧٠ هـ) الفروق وزارة الأوقاف. دولة الكويت. عام ١٤٠٢ هـ.
  - ٣- الكاساني (٥٨٧ هـ) (بدائع الصنائع) طبعة الجمالية بمصر.
  - ٤- المرغيناني (٥٩٨ هـ) الخلاصة على القدوري. مخطوط بدار الكتب المصرية  
تحت رقم ٦٥٣ فقه حنفي.
  - ٥- النسفي (٧١٠ هـ) (كنز الدقائق) على هامش البحر الرائق.
  - ٦- الزيلعي (٧٤٣ هـ) (تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق) طبعة المطبعة الكبرى  
الأميرية ببولاق.
  - ٧- البابر تي (٧٧٦ هـ) (العناية) على هامش فتح القدير.
  - ٨- ملا مسكين (٨٥٠ هـ) \_ نشر محمود توفيق.
  - ٩- كمال الدين بن الهمام (٨٦٠ هـ) فتح القدير طبعة المطبعة الأميرية ببولاق  
سنة ١٣١٧ هـ.
  - ١٠- ابن نجيم (٩٧٠ هـ) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الطبعة الأولى  
بالمطبعة العلمية.
  - ١١- (جماعة من العلماء الهند) الفتاوى الهندية، الطبعة الثانية بالمطبعة  
الأميرية ببولاق. بمصر. (سنة ١٣١٠ هـ)
  - ١٢- شيخ زاده (١٠٨٧ هـ) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر. طبعة دار الطباعة  
العامة.

- ١٣- الحصكفي (١٠٨٨هـ)، الدر المختار على هامش حاشية ابن عابدين.
- ١٤- محمد بن الحسيني (١٠٩٨هـ) الفتاوى الإنقروية. ط المطبعة المصرية ببولاق.
- ١٥- ابن عابدين (١٢٥٢هـ) رد المحتار على الدر المختار طبعة بولاق. (منحة الخالق).
- ١٦- محمد أبو الفتح (من علماء القرن الثالث عشر الهجري) (إتحاف الأبصار والبصائر بتبويب كتاب الأشباه والنظائر) طبعة المطبعة الوطنية بالإسكندرية. سنة ١٢٨٩هـ.
- ١٧- محمد العباسي المهدي (١٣١٥هـ) الفتاوى المهديّة في الوقائع المصرية طبعة المطبعة الأزهرية المصرية. سنة ١٣٠١هـ.
- تقنيّات على المذهب الحنفي**
- ١- الباز (سليم) شرح مجلة الأحكام العدلية. الطبعة الثانية بالمطبعة الأدبية بيروت (١٨٩٨م)
- ٢- قدرى باشا (محمد) مرشد الحيران. الطبعة الرابعة بالمطبعة الأميرية بالقاهرة (١٩٣١م)
- ٣- المحاسني شرح المجلة. طبعة مطبعة الترقي بدمشق (١٣٤٦هـ) (١٩٢٧م)
- (د) الفقه الشافعي:**
- ١- الإمام الشافعي (٢٠٤هـ) كتاب الأم. الطبعة الأولى بالمطبعة الكبرى الأميرية ببولاق. مصر سنة ١٣٢١هـ.
- ٢- المزني (٢٦٤هـ) مختصر على هامش كتاب الأم.
- ٣- الماوردي (٤٥٠هـ) (الحاوي الكبير) دار الفكر.

- ٤- الشيرازي (٤٧٦هـ) (المهذب) طبعة القاهرة.
- ٥- الغزالي (٥٠٥هـ) (الوجيز). طبعة الآداب والمؤيد بمصر سنة ١٣١٧هـ.
- ٦- الرافعي (٦٢٣هـ) (فتح العزيز شرح الوجيز). على هامش المجموع.
- ٧- النووي (٦٧٦هـ) (المجموع) طبعة التضامن الأخوي.
- ٨- الأسنوي (٩٢٦هـ) (أسني المطالب) شرح روض الطالب طبعة الميمنية.
- ٩- ابن حجر الهيتمي (٩٧٤هـ) (تحفة المحتاج وحواشيها للشرواني والعبادي).  
طبعة مصطفى محمد بمصر.
- ١٠- الرملي (١٠٠٤هـ) (نهاية المحتاج). طبعة مصطفى البايي الحلبي طبعة سنة  
١٣٥٧هـ.
- ١١- الشبراملسي (١٠٨٧هـ) (حاشية على نهاية المحتاج).
- ١٢- الرشيدى (١٠٩٦هـ) (حاشية على نهاية المحتاج أيضاً).
- ١٣- الشرقاوي (١٢٢٧هـ) (حاشية على شرح التحرير) طبعة المطبعة الأزهرية  
سنة ١٣٠٦هـ.
- ١٤- الحضرمي (بغية المسترشدين) طبعة المطبعة الميمنية.  
هـ) **الفقه الحنبلي:**
- ١- عبد الله بن الإمام أحمد (٣٩٠هـ) مسائل الإمام أحمد برواية ابنه  
عبدالله.
- ٢- الهاشمي (٤٧٠هـ) (رؤوس المسائل) مخطوط بالمكتبة الظاهرية بدمشق تحت  
رقم (٥٥) فقه حنبلي.
- ٣- ابن عقيل (٥١٣هـ) (كفاية المفتي) مخطوط بدار الكتب المصرية تحت رقم  
(١٣) فقه حنبلي.



- ٤- ابن هبيرة (٥٦٠هـ) (الإفصاح عن معاني الصحاح) طبعة المطبعة العلمية بجلب للسيد محمد راغب الطباخ\_ الطبعة الأولى سنة ١٣٤٧هـ.
- ٥- ابن أبي عمر (٦٨٢هـ) (الشرح الكبير) طبعة المنار\_ مع المغني.
- ٦- ابن تيمية (٧٢٨هـ) (القواعد الفقهية) طبعة أنصار السنة المحمدية (مجموعة الفتاوى) طبعة الكردي. (نظرية العقد) طبعة أنصار السنة المحمدية.
- ٧- محمد بن مفلح (٧٦٣هـ) (القواعد) ط مطبعة الصدق الخيرية بمصر.
- ٨- ابن قندس (٨٦١هـ) (حواشي الفروع) مؤسسة الرسالة مع الفروع سنة ١٤٢٤هـ.
- ٩- إبراهيم بن مفلح (٨٨٤هـ) (المبدع) المكتب الإسلامي.
- ١٠- المرادوي (٨٨٥هـ) (الإنصاف). طبعة أنصار السنة المحمدية. (التنقيح المشيع)
- ١١- مرعي الكرعي (١٠٣٣هـ) (غاية المنتهى). ط مؤسسة دار السلام للطباعة والنشر بدمشق.
- ١٢- البهوتي (١٠٥١هـ) (كشاف القناع) طبعة أنصار السنة المحمدية. (شرح المنتهى). (الروض المربع).
- ١٣- أحمد البعلي (١١٨٩هـ) (الروض الندي).
- (و الفقه المالكي:**
- ١- الإمام مالك (١٧٩هـ) (المدونة الكبرى). رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم العتقي عن الإمام مالك بن أنس طبعة مطبعة السعادة\_ مصر\_ ١٣٢٣هـ الطبعة الأولى.
- ٢- القرافي (٦٨٤هـ) (الذخيرة).

- ٣- ابن جزى (٧٤١هـ) (القوانين الفقهية). طبعة تونس.
- ٤- المسواق (٨٩٧هـ) (التاج والإكليل لمختصر خليل) على هامش الخطاب.
- ٥- الخطاب (٩٥٤هـ) (مواهب الجليل لشرح أبي الضياء سيدي خليل الطبعة الأولى سنة ١٣٢٩هـ. مطبعة السعادة مصر.
- ٦- الزرقاني (١٠٩٩هـ) شرح على مختصر خليل. طبعة مصطفى محمد.
- ٧- الخرشي (١١٠١هـ) شرح على مختصر خليل. الطبعة الثانية بالمطبعة الكبرى الأميرية ببولاق \_ مصر \_ ١٣١٧هـ
- ٨- العدوي (١١٩٣هـ) حاشية على الخرشي.
- ٩- الدردير (١٢٠١هـ) (الشرح الكبير) طبعة دار أحياء الكتب العربية.
- ١٠- الدسوقي (١٢٣٠هـ) حاشية على الشرح الكبير.
- ١١- التسولى (من علماء القرن الثالث عشر الهجري) البهجة في شرح التحفة) الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية بمصر سنة ١٣٠٤هـ)
- ١٢- الصاوي (١٢٤١هـ) (بلغة السالك لأقرب المسالك) طبعة مصطفى محمد بمصر.

#### ن الفقه المقان؛

- ١- ابن حزم (المحلى) طبعة المنيرية.
- ٢- ابن رشد (بداية المجتهد) طبعة الاستقامة.
- ٣- ابن قدامة (المغني) طبعة المنار.
- ٤- الحريري (الفقه على المذاهب الأربعة).
- ٥- الحيمي (الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير). طبعة السعادة الطبقة الأولى سنة ١٣٤٨هـ.

## ح) الدراسات الحديثة في الفقه الإسلامي

- ١- أبو زهرة (محمد) (ابن تيمية).
- ٢- الحسينية (عبد الغفار) (الحوالة في الفقه الإسلامي) \_ تحت الطبع.
- ٣- الخفيف (علي) (مختصر أحكام المعاملات الشرعية).
- ٤- السنهوري (عبد الرزاق) (مصادر الحق في الفقه الإسلامي) نشر معهد الدراسات العربية العالمية.
- ٥- موسى (الدكتور محمد موسى) (فقه الكتاب والسنة) طبعة دار الكتاب العربي.

## ط) الطبقات:

- ١- الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب لابن فرحون ط السعادة بالقاهرة سنة ١٣٣٠هـ.
- ٢- طبقات الشافعية الكبرى للسبكي، ط مطبعة الحسينية بالقاهرة سنة ١٣٢٤هـ.
- ٣- طبقات الشافعية للكوراني. ط بغداد. ١٣٥٦هـ.
- ٤- الفوائد البهية في تراجم الحنفية للعلامة محمد عبد الحي اللكنوي الهندي \_ ط السعادة الطبعة الأولى سنة ١٣٢٤هـ.
- ٥- فهرست مكتبة الأزهر.
- ٦- فهرست مكتبة دار الكتب المصرية.
- ٧- مختصر طبقات الحنابلة لشطي \_ ط مطبعة الترقى بدمشق. سنة ١٣٣٩هـ.

## ي) مراجع عامة:

- ١- ابن القيم \_ إعلام الموقعين \_ بدائع الفوائد \_ ط المنيرية.

- ٢- ابن منظور\_ لسان العرب
- ٣- الألويسي\_ نهاية الأرب.
- ٤- الرصاع\_ شرح تعريفات ابن عرفة. ط تونس.
- ٥- الزبيدي\_ تاج العروس شرح القاموس.
- ٦- علي (جواد)\_ تاريخ العرب قبل الإسلام. ط المجمع العلمي العراقي.

\*\*\*\*\*

## فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
٥	تقديم
٧	المقدمة
	القسم الأول
١٥٢-١٣	الجهالة
١٥	توطئة
	الباب الأول
٧٠-١٧	الجهالة في عقد البيع
١٩	الفصل الأول: جهالة المبيع
١٩	المبحث الأول: الإبهام
٢٠	خيار التعيين في المذهب الحنفي
٢٢	خيار التعيين عند المالكية
٢٣	خيار التعيين عند الشافعية والحنابلة
٢٥	المبحث الثاني: الغيبة
٢٥	المذهب الشافعي
٢٧	الرؤية السابقة
٢٨	رؤية بعض المبيع
٢٨	تعريفات على القول بجواز بيع الغائب
٢٩	المذهب الحنفي
٣٤	خيار الرؤية
٣٥	رؤية بعض المبيع

الصفحة	الموضوع
٣٦	المذهب المالكي
٣٧	الرؤية السابقة
٣٧	بيع الأنموذج
٣٧	المذهب الحنبلي
٣٩	الرؤية السابقة
٤٠	بيع الأنموذج
٤١	المبحث الثالث: الاستتار أو الغيبة عن البصر
٤١	الاستتار الصناعي
٤٣	الاستتار الطبيعي
٤٣	إستتار المبيع بقشره الذاتي
٤٥	إستتار المبيع بالأرض
٤٨	رأي ابن تيمية وابن القيم في بيع المغيات
٥١	الفصل الثاني: أنواع الجهالة في الفقه الإسلامي
٥١	المبحث الأول: جهالة الجنس
٥٣	المبحث الثاني: جهالة المقدار
٥٤	الجزاف
٦٠	المبحث الثالث: جهالة الوصف
٦٢	بيع الملامسة
٦٢	المبحث الرابع: جهالة الوجود
٦٤	الفصل الثالث: جهالة الثمن
٦٤	جهالة الثمن في الفقه الإسلامي

## الصفحة

## الموضوع

## الباب الثاني

- ٨٢-٧١ ..... الجهالة في العقود المشابهة للبيع
- ٧٣ ..... الفصل الأول: الإجارة
- ٧٦ ..... الفصل الثاني: الصلح

## الباب الثالث

- ١٢٢-٨٣ ..... الجهالة في المشاركات
- ٨٥ ..... الفصل الأول: عقد الشركة
- ٨٥ ..... المبحث الأول: شركة الأبدان
- ٨٨ ..... المبحث الثاني: شركة الوجوه
- ٩٠ ..... المبحث الثالث: شركة المفاوضات
- ٩٦ ..... المبحث الرابع: شركة المضاربة
- ٩٨ ..... رأي ابن تيمية في موافقة المضاربة للقياس
- ٩٨ ..... جهالة رأس المال
- ٩٩ ..... جهالة الربح
- ٩٩ ..... في أي الأشياء تجوز المضاربة؟
- ١٠١ ..... توقيت المضاربة
- ١٠٣ ..... فوات المضاربة الفاسدة
- ١٠٤ ..... الفصل الثاني: المساقاة
- ١٠٥ ..... على أي شيء تجوز المساقاة؟
- ١٠٨ ..... مساقاة الحوائط الغائبة

الصفحة	الموضوع
١٠٩	توقيت المساقاة .....
١١١	الفصل الثالث: المزارعة .....
١١١	المبحث الأول: المذهب الحنفي .....
١١٢	الحيلة في جواز المزارعة على قول ابن حنيفة .....
١١٣	المبحث الثاني: المذاهب الثلاثة الأخرى .....
١١٦	المبحث الثالث: رأي ابن تيمية في المزارعة والمساقاة .....
<b>الباب الرابع</b>	
<b>الجهالة في عقود الاستيثاق</b>	
١٢٣-١٣٤	
١٢٥	الفصل الأول: الرهن .....
١٢٧	الفصل الثاني: الحوالة .....
١٢٨	الفصل الثالث: الكفالة .....
١٢٨	المبحث الأول: الكفالة بالمال .....
١٣٢	المبحث الثاني: الكفالة بالنفس .....
<b>الباب الخامس</b>	
<b>الجهالة في التبرعات. تمهيد</b>	
١٣٥-١٤٤	
١٣٧	تمهيد .....
١٣٨	الفصل الأول: العارية .....
١٣٩	الفصل الثاني: الهبة .....
١٤٢	الفصل الثالث: الوصية لشخص معين أو أشخاص معينين .....
<b>الباب السادس</b>	
<b>الجهالة في عقد الوكالة</b>	
١٤٥-١٥٢	
١٤٧	الوكالة نوعان: عامة وخاصة .....



الموضوع	الصفحة
<b>القسم الثاني</b>	
<b>العدم</b>	
تمهيد .....	١٥٥
<b>الباب الأول</b>	
<b>العدم في عقد البيع</b>	
العدم ضربان: عدم جزئي وعدم كلي .....	١٥٩
الفصل الأول: العدم الجزئي .....	١٥٩
بيع الثمر قبل بدو صلاحه .....	١٥٩
المبحث الأول: البيع المباشر للثمار قبل بدو صلاحها .....	١٥٩
طائفة من الأحاديث الواردة في هذا الباب .....	١٥٩
بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط التبقية .....	١٦٠
بيعها بشرط القطع في الحال .....	١٦١
رأي الجمهور في بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بلا شرط قطع ولا بقاء .....	١٦٢
قول آخر في المذهبين المالكي والحنبلي .....	١٦٤
المذهب الحنفي .....	١٦٤
بيع الثمار قبل بدو صلاحها للمالك الأصل .....	١٦٤
المبحث الثاني: البيع غير المباشر للثمار قبل بدو صلاحها أو إجارة الأرض المشتملة على شجر مثمر .....	١٦٩
حيلة الأحناف في جواز هذه الإجارة .....	١٦٩
رأي ابن عقيل - الفقيه الحنبلي .....	١٧١

## الصفحة

## الموضوع

- ١٧١ ..... رأي ابن تيمية
- ١٧٧ ..... رأي ابن القيم
- ١٧٧ ..... ما هو بدو الصلاح؟
- ١٨٠ ..... المبحث الثالث: بيع متلاحق الوجود
- ١٨٠ ..... قول آخر في المذهب الحنفي
- ١٨٢ ..... حيلة الجواز عند المانعين من الأحناف
- ١٨٢ ..... رأي ابن تيمية وابن القيم
- ١٨٥ ..... المذهب المالكي
- ١٨٦ ..... الفصل الثاني: العدم الكلي
- ١٨٦ ..... المبحث الأول: بطلان بيع المعدوم
- ١٨٦ ..... المضامين
- ١٨٧ ..... حبل الحبلية
- ١٨٨ ..... الزرع والثمر قبل نباتها
- ١٨٨ ..... الموجود ضمن غيره
- ١٨٩ ..... المبحث الثاني: المستثنيات من الأصل السابق
- ١٨٩ ..... الفرع الأول: الإجارة
- ١٩١ ..... رأي الحنفية ومن نحا نحوهم في عدم موافقة الإجارة للقياس
- ١٩١ ..... مبنى الأقيسة عند الأحناف
- ١٩٢ ..... القياس عند ابن تيمية أساسه الحكمة
- ١٩٣ ..... رأي ابن تيمية في موافقة الإجارة للقياس

الصفحة	الموضوع
١٩٨	الفرع الثاني : السلم
١٩٩	رأى ابن تيمية في موافقة السلم للقياس
٢٠٠	تعريف السلم - شروطه
٢٠٤	نموذج من تعارض وجهات النظر
٢٠٧	تحديد أقل مدة السلم
٢٠٨	جهالة أجل السلم
٢١٢	الفرع الثالث : الاستصناع في المذهب الحنفي
٢١٣	تكييفه
٢١٣	تعريفه
٢١٤	أثره - شروطه

### الباب الثاني

٢٢٢-٢١٧	العدم في العقود المشابهة للبيع
٢١٩	الفصل الأول : الصلح
٢٢١	الفصل الثاني : القسمة

### الباب الثالث

٢٢٨-٢٢٣	العدم في عقد الرهن
٢٢٥	تمهيد
٢٢٥	(أ) المذهب الحنفي
٢٢٦	(ب) المذهب المالكي
٢٢٧	(ج) المذهب الشافعي والحنبلي

## الصفحة

## الموضوع

## الباب الرابع

## العدم في التبرعات

٢٣٦-٢٢٩

٢٣١ ..... الفصل الأول: الهبة

٢٣١ ..... (أ) المذهب الحنفي والمذهب الشافعي والمذهب الحنبلي

٢٣٢ ..... (ب) المذهب المالكي

٢٣٣ ..... الفصل الثاني: الوصية لشخص أو أشخاص معينين

٢٣٣ ..... (أ) المذهب الحنفي والمذهب الحنبلي والمذهب المالكي

٢٣٣ ..... (ب) المذهب الشافعي

## القسم الثالث

## عدم القدرة على التسليم

٢١٠-٢٢٥

## الباب الأول

## عدم القدرة على التسليم في المعاوضات وعقد الرهن

٢٩٦-٢٣٧

٢٣٩ ..... ١- علاقة عدم القدرة على التسليم بالفرع

٢٣٩ ..... ٢- العجز الحكمي عن التسليم

٢٤١ ..... ٣- متى تعتبر القدرة على التسليم

٢٤١ ..... ٤- تحديد مدى القدرة على التسليم

٥- القدرة المؤثرة في صحة العقد. هل هي قدرة البائع أو قدرة

٢٤٣ ..... المشتري؟

٢٤٥ ..... ٦- أسباب عدم القدرة على التسليم

٢٤٦ ..... الفصل الأول: فرار المعقود عليه

٢٤٦ ..... المبحث الأول: في عقد البيع

الموضوع	الصفحة
أثر اعتياد الطائر الرجوع إلى مكانه في صحة العقد عليه .....	٢٤٧
أثر الملكية في صحة العقد .....	٢٤٨
١- ملكية ما لا يقدر على تسليمه .....	٢٤٨
٢- عدم ملكية المبيع .....	٢٥١
أثر العلم بالمبيع الذي لا يقدر على تسليمه في صحة العقد عليه ....	٢٥١
المبحث الثاني: في عقد الإجارة .....	٢٥٢
المبحث الثالث: في عقد الرهن .....	٢٥٣
الفصل الثاني: قيام يد الغاصب .....	٢٥٤
الفصل الثالث: عدم قابلية المعقود عليه للتسليم .....	٢٥٦
تكييف الدين .....	٢٥٦
المبحث الأول: تمليك الدين لغير من هو عليه في المذهب الحنفي ...	٢٥٦
استثناء الحوالة .....	٢٥٧
استثناء الإقرار بالاسم المستعار .....	٢٥٨
الفرع الأول: بيع الدين لغير من هو عليه .....	٢٦٠
الفرع الثاني: الصلح عن الدين مع غير من هو عليه .....	٢٦١
الفرع الثالث: قسمة الدين .....	٢٦٣
الفرع الرابع: رهن الدين .....	٢٦٤
المبحث الثاني: تمليك الدين لغير من هو عليه في المذهب الشافعي .....	٢٦٦
الفرع الأول: بيع الدين لغير من هو في ذمته .....	٢٦٦
الفرع الثاني: الصلح عن الدين مع غير من هو عليه .....	٢٦٨

## الصفحة

## الموضوع

- ٢٧٠ ..... الفرع الثالث : قسمة الدين
- ٢٧٠ ..... الفرع الرابع : رهن الدين
- ٢٧٣ ..... المبحث الثالث : تمليك الدين لغير من هو عليه في المذهب الحنبلي ...
- ٢٧٣ ..... الفرع الأول : بيع الدين لغير من هو عليه
- ٢٧٤ ..... الفرع الثاني : الصلح عن الدين مع غير من هو عليه
- ٢٧٥ ..... الفرع الثالث : قسمة الدين
- ٢٧٧ ..... الفرع الرابع : رهن الدين
- ٢٧٩ ..... المبحث الرابع : تمليك الدين لغير من هو عليه في المذهب المالكي ..
- ٢٧٩ ..... الفرع الأول : بيع الدين لغير من هو عليه
- ٢٨٢ ..... الفرع الثاني : الصلح عن الدين مع غير من هو عليه
- ٢٨٤ ..... الفرع الثالث : قسمة الدين
- ٢٨٤ ..... الفرع الرابع : رهن الدين
- ٢٨٦ ..... الفصل الرابع : عدم استقرار الملك
- ٢٨٦ ..... تمهيد
- ٢٨٧ ..... المبحث الأول : التصرف في الأعيان المبيعة قبل قبضها
- ٢٨٧ ..... الفرع الأول : المذهب الحنفي
- ٢٨٨ ..... الفرع الثاني : المذهب الشافعي
- ٢٨٩ ..... الفرع الثالث : المذهب الحنبلي
- ٢٩٢ ..... المبحث الثاني : استبدال الديون.. أو بيعها ممن هي عليه قبل قبضها ...
- ٢٩٢ ..... الفرع الأول : المذهب الحنفي
- ٢٩٣ ..... الفرع الثاني : المذهب الشافعي
- ٢٩٥ ..... الفرع الثالث : المذهب الحنبلي

## الصفحة

## الموضوع

## الباب الثاني

٢٩٧-٣١٠	عدم القدرة على التسليم في التبرعات
٢٩٩	الفصل الأول: الهبة
٢٩٩	المبحث الأول: هبة الأعيان التي لا يقدر على تسليمها
٣٠١	المبحث الثاني: هبة الدين لغير من هو عليه
٣٠١	الفرع الأول: المذهب الحنفي
٣٠٤	الفرع الثاني: المذهب الشافعي
٣٠٦	الفرع الثالث: المذهب الحنبلي
٣٠٦	الفرع الرابع: المذهب المالكي
٣٠٨	الفصل الثاني: الوصية
٣٠٨	المبحث الأول: الوصية بالأعيان التي لا يقدر على تسليمها
٣٠٩	المبحث الثاني: الوصية بالدين لغير من هو عليه
٣١١	الخاتمة
٣١٥-٣٣٢	ملحق تحقيق رسالة نفيس المتجر
٣١٧	ترجمة المؤلف
	نفيس المتجر بشراء الدرر تأليف العالم العلامة الفقير حسن
٣١٩	الشرنبلالي الحنفي تغمده الله بالرحمة والرضوان
٣٣٣	المراجع
٣٤١	الفهرس

## إصدارات الصندوق الخيري نشر البحوث والرسائل العلمية

- ١١) بيع التبسيط وأحكامه ..... سليمان بن تركي التركي  
 ١٢) الغش وأثره في العقود ..... د. عبد الله بن ناصر السلمي  
 ١٣) أخذ المال على أعمال القرب ..... عادل بن شاهين شاهين  
 ١٤) أحاديث البيوع المنهي عنها: رواية ودراية ..... خالد بن عبدالعزيز الباتلي  
 ١٥) حماية البيئة والموارد الطبيعية ..... فهد بن عبدالرحمن الحمودي  
 ١٦) الترتيب في العبادات في الفقه الإسلامي ..... د. عبد الله بن صالح الكهل  
 ١٧) أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة ..... د. مبارك بن سليمان آل سليمان  
 ١٨) ضوابط الثمن وتطبيقاته في عقد البيع ..... سمير عبدالنور جاب الله  
 ١٩) أحكام الدين (دراسة حديثة فقهية) ..... سليمان بن عبد الله القصير  
 ٢٠) استيفاء الحقوق من غير قضاء ..... د. فهد بن عبدالرحمن اليحيى  
 ٢١) استثمار أموال الزكاة ..... صالح بن محمد الفوزان  
 ٢٢) المنح الشافيات بشرح مفردات الإمام أحمد ..... ت. أ. د. عبد الله بن محمد المطلق  
 ٢٣) أحكام الرجوع في عقود المعاوضات المالية ..... د. فضل الرحيم محمد عثمان  
 ٢٤) تسليم المطلوبين بين الدول في الفقه الإسلامي ..... زياد بن عابد المشوخي  
 ٢٥) أحكام نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي ..... د. يوسف بن عبد الله الأحمد  
 ٢٦) الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة ..... د. محمد بن عبدالعزيز اليميني  
 ٢٧) النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته ..... د. سفيان بن عمر بورقعة  
 ٢٨) أحكام الهندسة الوراثية ..... د. سعد بن عبد العزيز الشويرخ  
 ٢٩) أحكام لزوم العقد ..... د. عبدالرحمن بن عثمان الجلعود  
 ٣٠) كتاب التبيه.. لأبي الفضل السلمي ..... ت. حسين بن عبدالعزيز باناجه  
 ٣١) القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي ..... د. حمد بن محمد الجابر الهاجري  
 ٣٢) التدابير الواقية من انتكاسة المسلم ..... سارة بنت عبدالرحمن الفارس  
 ٣٣) شرح مشكل الوسيط، لابن الصلاح (ج ١+٢) ..... د. عبدالمنعم خليفة أحمد بلال  
 ٣٤) شرح مشكل الوسيط، لابن الصلاح (ج ٢+٤) ..... د. محمد بلال بن محمد أمين  
 ٣٥) التحسين والتقيح العقليان وأثرهما في مسائل أصول الفقه ..... د. عايض الشهراني  
 ٣٦) الحاجة وأثرها في الأحكام ..... د. أحمد بن عبدالرحمن الرشيد  
 ٣٧) أحكام المعابد ..... عبدالرحمن بن دخيل العصيمي  
 ٣٨) دفع الدعوى الجزائية أثناء المحاكمة ..... عبدالرحمن بن سليمان البلهي  
 ٣٩) الرؤى عند أهل السنة والجماعة والمخالفين ..... د. سهل بن رفاع العتيبي  
 ٤٠) أحكام التلقيح غير الطبيعي ..... د. سعد بن عبدالعزيز الشويرخ  
 ٤١) الموسوعة الشاملة لمنهج الروحية الحديثة ..... د. علي بن سعيد العبيدي  
 ٤٢) الانتخابات وأحكامها في الفقه الإسلامي ..... فهد بن صالح العجلان  
 ٤٣) آراء أبي الحسن السبكي الاعتقادية ..... عجلان بن إبراهيم العجلان  
 ٤٤) مسائل معاصرة مما تعم به البلوى في فقه العبادات ..... نايف بن جمعان جريدان  
 ٤٥) الشروط التعويضية في المعاملات المالية ..... عياد بن عساف العنزي  
 ٤٦) منهج ابن كثير في الدعوة إلى الله ..... د. مبارك بن حمد الحامد الشريف



- ١٣٧] أثر التحول المصري في ..... عمار أحمد عبد الله
- ١٣٨] عقود الإذعان في الفقه الإسلامي ..... أحمد سمير قرني
- ١٣٩] دلالات الألفاظ عند شيخ الإسلام ابن تيمية ..... د. عبد الله بن سعد آل مغيرة
- ١٤٠] الوحدة القرآنية دراسة تحليلية مقارنة ..... د. محمد بن محمود خوجة
- ١٤١] ضمانات التحقيق الجنائي مع المرأة ..... عبد الله بن عبدالعزيز الشتوي
- ١٤٢] أحكام استخدام الأطفال والانتفاع بما يختصون به ..... ماهر بن سعد الخوي
- ١٤٣] أحكام تمويل الاستثمار في الأسهم ..... د. فهد بن صالح العريض
- ١٤٤] النوازل الفقهية المعاصرة المتعلقة بالتداوي أثناء الصوم ..... أسامة بن أحمد الخلاوي
- ١٤٥] أحكام الإعسار المالي في الفقه الإسلامي ..... د. فضل الرحيم محمد عثمان
- ١٤٦] الشيخ جمال الدين القاسمي واختياراته الفقهية ..... سامي الأزهر الفريضي
- ١٤٧] المصالح المرسلة وأثرها في المعاملات ..... د. عبد العزيز بن عبد الله العمار
- ١٤٩] التيسير في واجبات الحج دراسة مقارنة ..... د. حامد بن مسفر الغامدي
- ١٥٠] أحكام الكتب في الفقه الإسلامي ..... د. ياسين بن كرامة الله مخدوم
- ١٥١] الفتاوى الزينية، لابن النجيم ..... د. سعيد بن سالم بن مساعد الغامدي
- ١٥٢] النوازل في الأشربة ..... د. زين العابدين بن الشيخ أزوين
- ١٥٣] عقد التوريث في الفقه الإسلامي ..... د. عادل شاهين محمد شاهين
- ١٥٤] التفسير النبوي: مقدمة تأصيلية، مع دراسة حديثة لأحاديث التفسير النبوي الصريح  
د. خالد بن عبد العزيز الباتلي
- ١٥٥] أحكام النوازل في الإنجاب ..... د. محمد بن هائل بن غيلان المدحجي
- ١٥٦] منهج أبي الخطاب الكلوثاني ومكانته في المذهب الحنبلي ..... د. عبد العزيز بن عبد الله العمار
- ١٥٧] منهج الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود في تقرير العقيدة ..... د. عبد العزيز بن أحمد البداح
- ١٥٨] منهج الطوفي في تقرير العقيدة ..... د. إبراهيم بن عبد الله بن صالح المعثم
- ١٥٩] الأمراض الوراثية، وأحكامها في الفقه الإسلامي ..... د. هيلة بنت عبد الرحمن اليابس
- ١٦٠] تربية ملكة الاجتهاد ..... د. محمد بولوز بن أوشريف
- ١٦١] الصناديق الاستثمارية، دراسة فقهية تطبيقية ..... د. حسن بن غالب دائلة
- ١٦٢] إفلاس الشركات وأثره في الفقه والنظام ..... د. عبد المجيد بن صالح المنصور
- ١٦٣] مسائل معاصرة مما نعم به البلوي (في فقه المعاملات) ..... نايف بن جمعان جريدان
- ١٦٤] الاجتهاد الأصولي (دراسة في المفهوم والمنهج) ..... د. محمد بن أحمد بن سيد أويك
- ١٦٥] أحكام التجارب الطبية (دراسة فقهية) ..... د. عبد الإله بن مزروع المزروع
- ١٦٦] الاستشهاد بالحديث في المسائل النحوية (دراسة نظرية تطبيقية) ..... ياسر عبد الله الطريقي
- ١٦٧] أحكام اللون في الفقه الإسلامي والمسائل المعاصرة المتعلقة به ..... د. وليد بن محمود قاري
- ١٦٨] فقه الأولويات في المعاملات المالية المعاصرة ..... علي بن حسين العايدي
- ١٦٩] الاستضعاف وأحكامه في الفقه الإسلامي ..... د. زياد بن عابد المشوخي
- ١٧٠] تغير الاجتهاد، دراسة تأصيلية تطبيقية ..... د. أسامة بن محمد بن إبراهيم الشيبان
- ١٧١] أثر تخصيص العلة في الفروع الفقهية ..... د. عبد الملك بن صالح بن عبد الرحمن آل فريان
- ١٧٢] التعويض عن أضرار الكوارث الطبيعية ..... محمد بن عبد العزيز أبو عباة
- ١٧٣] مقاصد الأحكام المالية عند الإمام ابن القيم وأثرها الفقهي ..... د. محمد بن عبد العزيز اليحيى
- ١٧٤] أحكام التمويل المصري المشترك ..... د. عبد الملك بن صالح بن عبد الرحمن آل فريان
- ١٧٥] مختلف الحديث عند الإمام ابن عبد البر، عرضاً ودراسة ..... عبد الله جابر الحمادي

- ١٧٦] أحكام الجماعة في الفقه الإسلامي.....عبدالله بن راضي المعيدي الشمري
- ١٧٧] الإبانة لأهل البيت عليهم السلام من المناقب والمكانة.....ناصر بن عبد الرحمن بن ناصر الحمد
- ١٧٨] أساليب الدعوة إلى الله بين التجديد والمحافظة ودور الداعية المعاصر.....د. علي محمد المختار
- ١٧٩] المخاطرة في المعاملات المالية المعاصرة.....د. عبد الرحمن بن عبدالله الخميس
- ١٨٠] أحكام رأس المال في الشركات والمسائل المعاصرة المتعلقة به.....د. وليد بن محمود قاري
- ١٨١] الرخص في المعاملات وفقه الأسرة.....محمد بن أحمد بن محمد أبو الخليل
- ١٨٢] شرح سنن ابن ماجه المسمى: الإعلام بسنته عليه الصلاة والسلام للحافظ مغلطاي بن قليج  
دراسة وتحقيق: عبدالعزيز الماجد
- ١٨٣] تخريج أحاديث البيهقي، لابن قطلوبغا.....ت. د. محمد أديب صالح، ود. عبدالله كيجلان
- ١٨٤] الهادي للإمام أبي محمد بن قدامة المقدسي.....ت. د. عبد الرحمن بن دخيل العيصي
- ١٨٥] مسقطات الحدود في الشريعة الإسلامية.....د. إبراهيم بن ناصر بن محمد الحمود
- ١٨٦] أحكام الشبهوات البدنية.....د. إبراهيم بن محمد صالح الزبيدي
- ١٨٧] أحكام المقبوض بعقد فاسد وتطبيقاته.....د. عبد المجيد بن صالح المنصور
- ١٨٨] أحكام الأشعة واستخداماتها في الفقه الإسلامي.....د. عبدالله بن إبراهيم بن صالح الخضير
- ١٨٩] أحكام عقد الاستشارة.....د. عبد الرحمن بن عبدالله بن عبد الرحمن المحيسن
- ١٩٠] أثر الاستطاعة في الأحكام الشرعية.....د. ناصر بن محمد بن حمد المنيع
- ١٩١] تصرفات السكران في الفقه الإسلامي.....د. ناصر بن محمد بن حمد المنيع
- ١٩٢] أحكام عقد الترخيص.....د. صالح بن عبد اللطيف العامر
- ١٩٣] مقابلة الدين بالدين في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة.....د. رحال إسماعيل بالعدل
- ١٩٤] مسائل الإمام أحمد التي رواها الجماعة (جمعاً ودراسة).....د. يحيى بن علي العمري
- ١٩٥] أحكام إدارة الجمعيات الخيرية لأموال الزكاة.....عبدالله بن محمد بن سليمان السالم
- ١٩٦] القياس عند الإمام الشافعي.....أ. د. فهد بن سعد الزايد الجهنوي
- ١٩٧] أحكام الأسماء والكنى والألقاب.....د. عمر بن عبدالله بن طالب
- ١٩٨] الفرر في محل الالتزام التعاقدية.....عبدالله بن محمد بن عثمان الجبير
- ١٩٩] فقه الهندسة المالية الإسلامية.....د. مرضي مشوح راضي العنزي
- ٢٠٠] الخبرة الطبية وأثرها في الإثبات (دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية).....د. مساعد بن عبد الرحمن القحطاني
- ٢٠١] نظرية البدائل الإسلامية للمعاملات المصرفية، دراسة تأصيلية نقدية.....د. طالب بن عمر بن أحمد الكثيري
- ٢٠٢] بيع المزداد (دراسة فقهية قانونية ميدانية).....د. يحيى بن علي العمري
- ٢٠٣] أحكام السجود في الفقه الإسلامي.....د. صالح بن عبدالعزيز الفليقة
- ٢٠٤] المستجدات الطبية في الطهارة.....عادل بن سعد بن ستر الله الحارثي
- ٢٠٥] إدارة السيولة في المصارف الإسلامية.....د. أحمد بن عبد الرحمن الشثري
- ٢٠٦] الحيل الفقهية وعلاقتها بأعمال المصرفية الإسلامية.....د. عيسى بن محمد الخلو في
- ٢٠٧] المسائل الفقهية الملقبة في غير الفرائض مع تطبيقات معاصرة.....د. فهد بن عبدالله بن إبراهيم آل طالب
- ٢٠٨] عقود التوزيع (دراسة فقهية تطبيقية).....د. فهد بن صالح بن عبدالله الباحث
- ٢٠٩] المتاجرة في العملات.....عائدة عبد المجيد الشبخة
- ٢١٠] الوكالة في المصارف الإسلامية وتطبيقاتها المعاصرة.....أحمد بن محمد بن حمد الشثري
- ٢١١] الفرر في محل الالتزام التعاقدية وملحق به نقيس المتجر بشراء الدرر لحسن الشرنبلالي الحنفي  
عبد الله بن محمد بن عثمان الجبير

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي  
أسكنه الله الفردوس

[www.moswarat.com](http://www.moswarat.com)

[www.moswarat.com](http://www.moswarat.com)

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي  
أسكنه الفردوس  
www.moswarat.com